Die Möglichkeit eines Eigentumsanspruches gegen bloße Besitzdiener in geschichtlicher Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD. LEGUM BAT. BIBL.

vorgelegt von

Robert Reinhold Ulbrich.

Breslau 1911.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. H. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0032

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Über die Hauptarten des Besitzes im deutschen, römisch-gemeinen und bürgerlichen Recht 1

Ausführung.

A. Nähere Beschreibung der unter § 855 B.G.B. fallenden Besitzverhältnisse 2

B. Deutsches Recht.

a. Allgemeines über den deutschen Eigentumsbegriff (S. 7—9), die prozessualische Geltendmachung des Eigentums unter besonderer Berücksichtigung der Passivlegitimation (S. 9—10) und kurze Beschreibung der Gewere (S. 10—12) 7

b. Untersuchung, wer als bloßer Besitzdiener in der Gewere sein konnte, ob

1. häusliche (S. 13—19) 13
2. momentane (S. 19) 19
3. prokuratorische und selbstnützige Besitzdiener

aa. Bei Immobilien (S. 20—26) 20
bb. Bei Mobilien (S. 26—31) 26

c. Erörterung der vermögensrechtlichen Klagen um Gut bezüglich ihrer Anwendbarkeit gegen bloße Besitzdiener

1. Immobiliarklage (S. 31—32) 31
2. Mobiliarklagen (S. 32—40) 32

aa. Klage gegen den Vertrauensmann (S. 33) . . 33
bb. Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere (S. 33—34) 33
cc. Auftreten der Fahrnisklage im usus modernus (S. 35—40) 35

3. Benennung des Gewährsmannes (S. 40—41) . . . 40

C. Römisches und gemeines Recht 41

a. Über das Verhältnis der Besitzdienerschaft zur

1. häuslichen (S. 43—44) 43
2. momentanen (S. 45) 45
3. prokuratorischen (S. 45—46) 45
4. selbstnützigen Detention (S. 46—49) 46

Seite

b. Über die Möglichkeit von Eigentumsansprüchen gegen bloße Besitzdiener als Detentoren 49
1. wegen Vorenthaltnng der Sache (rei vindicatio)
aa. von Seiten Dritter.
α. Ältere Zeit (S. 50) 50
β. Ansicht des Pegasus (S. 50–51) 50
γ. Ansicht Ulpians (S. 51–54) 51
δ. Nominatio auctoris (c 2 ubi in rem actio 3,19) (S. 54–57) 54
bb. von Seiten des Auktors gegen den Detentor (S. 57–58) 57
2. auf Grund publizianischen Besitzes wegen Vorenthaltung der Sache (actio in rem Publiciana) (S. 59–60) 59
3. wegen Eingriffs (negatoria in rem actio) (S. 60–63) 60
4. hinsichtlich sonstiger Eigentumsklagen (S. 63–64) 63

D. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
a. Das Besitzrecht (S. 64–65). 64
b. Die Möglichkeit von Eigentumsansprüchen gegen bloße Besitzdiener.
1. Rei vindicatio (S. 65–67) 65
2. Publiciana (S. 67) 67
3. Negatoria (S. 68–69). 68

E. Über die Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 69
a. Entwurf erster Lesung (S. 69–71) 69
b. Entwurf zweiter Lesung (S. 71–74) 71

F. Bürgerliches Recht 74
1. Klage aus § 985 B.G.B. (rei vindicatio) (S. 74–80) . 74
2. Klage aus § 1007 B.G.B. (Publiciana) (S. 80) 80
3. Klage aus § 1004 B.G.B. (Negatoria) (S. 81–82) . . 81
4. Abholungsanspruch aus § 1005 (S. 82) 82
5. Sonstige Eigentumsansprüche (S. 82–83) 82

Schluß.

Überblick über die Hauptmomente in der geschichtlichen Entwickelung der behandelten Rechtsfrage. 83

A. Materialien.

1. Entwurf I eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
2. Motive zum Entwurf (I). Bd. 3.
3. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Sachenrecht, Berlin 1890.
4. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs, Bd. 3 und 6.
5. Entwurf II eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den Beschlüssen der Redaktionskommission.
6. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der Bundesrats- und der Reichstagsvorlage.
7. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
8. Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
9. Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstags, 2. und 3. Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

B. Literatur.

Albrecht, Die Gewere. Königsberg 1828.

Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen. Iherings Jahrbücher, Bd. 29, S. 192 f. (1890).

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

— Der Besitz beweglicher Sachen. Iherings Jahrbücher. Bd. 34, S. 1 f. (1895).

— Aphorismen zur Besitzlehre in den Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Bernhöft und Binder. Heft 1, S. 1 f.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 4. Aufl., Berlin 1885.
Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. Berlin 1903.
Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Berlin 1904.
Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich. Teil I, Zürich 1838, Teil II, 1839.
Boretius, Capitularia Regum Frankorum. Monumenta Germaniae historica. Legum sectio II tomus I. Hannover 1883.
Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig 1859.
v. Brünnek, Zur Geschichte der Miete und Pacht. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt., 1. Bd., S. 152 f.
Brunnemann, Commentarius in Pandectas. Wittembergae 1731. Commentarius in Codicem Justinianeum. Lugdun. 1715.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. II, Leipzig 1892.
— Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Leipzig 1908.
Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.
— Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.
— Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium. Jahrbücher des gem. deutschen Rechts (Bekkers Jahrb.). Bd. 4.
Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Bd., Sachenrecht. Rostock 1897.
Colsmann, Prekarium und prekaristische Verhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. Bonner Dissertation. Trier 1901.
Cosack, Das Sachenrecht im Entwurf I. Bekker und Fischers Beiträge, Heft 13. Berlin 1889.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd., Sachenrecht, 3. Aufl. Jena 1901.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3, Sachenrecht. 1905.
Czyhlarz, Institutionen des römischen Rechts. 7. u. 8. Aufl. 1905.
v. Daniels, Rechtsdenkmäler des deutschen Mittelalters I. Das sächsische Weichbildrecht. Berlin.
Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857.
— Jahrbücher für Dogmatik. Bd. X, S. 129 f.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 5. Aufl. Halle a. S. 1894.

Dernburg, Pandekten. 1. Bd., 7. Aufl. 1902.
— Bürgerliches Recht. 3. Bd., Sachenrecht. 1904.
Donellus, Commentarii de Jure Civili. 8. Bd., Norimbergae 1828.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. 1904.
Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb beweglicher Sachen. Gießener Dissertation. Darmstadt 1900.
Emminghaus, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft. N. F. V, S. 124 f. (1868).
— Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. XVIII, N. F., S. 427 f. (1861).
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd., Sachenrecht, 8. und 9. Aufl. Berlin 1905.
— Der deutsche Zivilprozeß. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung des deutschen Reiches samt Einführungsgesetz. Bd. I, II, III. Berlin 1878—79.
Endemann-Gareis, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Ein kurz gefaßtes Lehrbuch. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1896.
Engelmann, Das Bürgerliche Recht. 3. Aufl. Berlin 1903.
Erman, Beiträge zur Publiciana. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. XIII.
Ermisch, Das Freiburger Stadtrecht. Leipzig 1889.
Fischer, Sachenrecht. Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 3. Berlin 1896.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 6. Aufl. 1904.
Flach, Über die Lehre von der Benennung des Auktors. Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 17 (1842).
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Förtsch, Besitz durch gesetzliche Vertreter. Gruchots Beiträge. Bd. 43, S. 543 f.
Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter. I. Abt. Berlin 1879.
Frensdorff, Dortmunder Statuten und Urteile, Hansische Geschichtsquellen. Bd. III. Halle a. S. 1882.
Freyberg, Frhr. von, Sammlung historischer Schriften und Urkunden. Bd. IV. Stuttgart und Tübingen 1834. Bd. V, 1836.
Fritz, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. XVIII. N. F., S. 457 f. (1861).

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust, in den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von R. Leonhardt. Heft 4.

Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters.

Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen, besonders nach Grundsätzen des römischen Rechts. Greifswald 1817.

Giese, Besitzrechtsschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche und actio in rem Publiciana. Dissertation. Berlin 1901.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. Fischers Abhandlungen. Bd. I, Heft 4. Jena 1897.

— Deutsches Privatrecht. 2. Bd., Sachenrecht. Leipzig 1905.

Glück, Kommentar. Bd. VIII, 1 (1807).

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 2. Bd., 1. Abt., Sachenrecht. Göttingen 1839.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 8. Bd., S. 253 (1865).

Groenewald, Hand soll Hand wahren. Die Anwendung und Zweckmäßigkeit dieses Rechtssatzes in Vergangenheit und Gegenwart. Dissertation. Göttingen 1890.

v. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 5. Aufl. Gießen 1826.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis. Bd. V, S. 18 f, S. 29 f. (1861), Bd. XVII, S. 687 f. (1873).

Grützmann, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Sächs. Arch., Bd. 4, S. 321 f.

Hach, Das Alte Lübische Recht. Lübeck 1839.

Hälschner, Das preußische Strafrecht I., II., III. Teil. Bonn 1855—68.

Hänselmann, Urkundenbuch der Stadt Braunschweig. I, Braunschweig 1873.

Hertz, Rechtsverhältnisse des freien Gesindes. In Gierkes Untersuchungen. Bd. VI, S. 54 f. Breslau 1879.

Hess, Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts, I, Der natürliche Besitz. 1892.

— Willy, Der Besitzdiener des § 855 Bürgerliches Gesetzbuch. Dissertation. Jena 1904.

Hesse, Über die actiones in rem. Iherings Jahrbücher. Bd. 8, S. 21 f. (1866).

Hesse, Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn. 2. Aufl. 1880.

Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte. Baseler Festschrift. Basel 1871.

— Die Gewere. Weimar 1872.

— Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig 1886.

Hoeniger, Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrhunderts. 2. Bd. Bonn 1893.

Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts. 1. bis 4. Bd. Basel 1886—1893.

— Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Berner Festschrift. Bern 1894.

Hübner, Der Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit. In den Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Herausgegeben von O. Gierke, Heft 42. Breslau 1893.

— Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. Jena 1900.

v. Ihering, Der Besitzwille. Jena 1889.

— Der Besitz. In seinen Jahrbüchern. Bd. 32, S. 411 f.

Kern, Entwickelung des Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren." Dissertation. Breslau 1881.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Kori, Zwei Rechtsfragen. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. XXVII, S. 325 f. (1844).

Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Göttingen 1847.

— Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts nebst beigefügten Quellen. Leipzig 1886.

Kritz, Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben. Bd. 14 (1844).

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869.

— Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 15. 1873.

Landsberg, Die Glosse des Akkursius und ihre Lehre vom Eigentum. Leipzig 1883.

— Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Hälfte. Berlin 1904.

Lappenberg, Hamburgische Rechtsaltertümer. I, Hamburg 1845.

Lenel, Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 36, S. 13 f.
— Nachträge zum edictum perpetuum. Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. XX.
F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
R. Leonhard, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Folge, Bd. 8, S. 404 f. (1903).
— Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1894.
Liebezeit, Die Rechte des Eigentümers und des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers. Dissertation. Breslau 1907.
Linde, Bemerkungen über die Angabe des Auktors. In seinen Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Zivilprozesse. 1. Bd., Bonn 1823.
Loersch und Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechtes. I. Privatrecht. 2. Aufl. Bonn 1881.
London, Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung. Breslau 1886.
Maas, Bibliographie der amtlichen Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich und zu seinem Einführungsgesetz. Berlin 1897.
Martin, Vorlesungen über die Theorie des deutschen, gemeinen, bürgerlichen Prozesses. Bd. I. Leipzig 1855.
Mathiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 3. Aufl. Berlin 1900.
Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876.
Mevius, Commentarii in ius Lubecense libri quinque. Frankfurt 1664.
H. Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
— Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks. Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum. 3. Teil. Recht der Gegenwart. Breslau 1905. S. 269 f.
— Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.
J. Meyer, Der Schaffhauser Richtebrief 1291. Schaffhausen 1857.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. I, 6. Aufl. Regensburg 1842.
— Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auktors. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 3. (1822.)
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. II. 3. Aufl. Halle 1835—1837.
Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb. Leipziger Dissertation. Düsseldorf 1901.

Neumann, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1. Bd. 4. Aufl. Berlin 1905.

Oppenheim, Begriff und Stellung des Besitzdieners im Bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation. Jena 1900.

Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen. I. Das Rechtsbuch nach Distinktionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch. Jena 1836. II. Das Rechtsbuch Johannes Purgoldts nebst statutarischen Rechten von Gotha u. Eisenach 1860.

Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen. I. Die Eigentumsklage. Erlangen 1886.

Pflueger, Die Rechtsverfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches in den Jahrb. für Dogm. Bd. 35.

Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts. 3. Aufl., Bd. II. Berlin 1846.

v. Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht. 2. Bd. Leipzig 1888. (1. Bd. 1885.)

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Bd. Sachenrecht. 1906.

Puchta, Institutionen des römischen Rechts. Bd. II, 10. Aufl. Leipzig 1893.

Pufendorf, F. E., Pufendorfii observationes iuris universi. I ed. alt. Cellis Luneburgicis 1757. II, III, IV (ed. princeps.) Hannoverae 1748, 1756, 1770.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts; des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches. Leipzig 1895.

Rauch, Spurfolge und Anefang in ihren Wechselbeziehungen. Weimar 1908.

Rechtsbronnen. Werken der vereiniging tot uitgare der bronnen van het onde vaderlandsche recht, gevestigd te Utrecht. Eerste recks. No. 4. 's Gravenhage 1882. No. 6 1884. No. 9 1886. No. 10 1888. No. 13.

Roßteutscher, Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Publiciana und hereditatis petitio. Dissertation. Erlangen 1899.

Sachsse, Sachsenspiegel oder Sächsisches Landrecht. Heidelberg 1848.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. V. Bd. Berlin 1841.

— Recht des Besitzes. Eine zivilistische Abhandlung. 7. Aufl. Wien 1865.

Schimanski, Die Ansprüche aus früherem Besitze, die actio in rem Publiciana, die preußische Klage aus besserem

Recht zum Besitz und § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation. Greifswald 1903.

Schlyter, Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui, VII, Gotlandslagen, Lund 1852. VIII, Wisby Stadslag och Sjörätt 1853.

Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, I, Kiel 1843—1845.

— Handbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. I, Leipzig 1847.

Schmidt, Zur Lehre von der confessoria und der negatoria actio. Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. XV, S. 149 f. 1850.

Schott, Sammlungen zu den deutschen Land- und Stadtrechten. III, Leipzig 1775.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl. Leipzig 1907.

Schultze, Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung. Festgabe für Felix Dahn. I, Breslau 1905. S. 1—63.

Schultze, Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht. Iherings Jahrbücher. Bd. 49. S. 159 f. 1905.

Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. 4. Ausg. 4 Bände. 1828—1833.

Seuffert, Handbuch des deutschen Zivilprozesses auf der Grundlage und nach der Ordnung der bayrischen Gesetzgebung. Erlangen 1853—1858.

Sintenis, Das praktische Gemeine Zivilrecht. Bd. I. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Sohm, Prozeß der lex Salica. Weimar 1867.

Sprenger, Der Besitzdiener. Dissertation. Rostock 1902.

Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. III, Sachenrecht. München 1903. Zitiert „Kober".

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bearbeitet von Lehmann. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1896. (Bd. II, 2. 2. Aufl. Berlin 1883.)

Strohal, Der Sachbesitz nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Iherings Jahrbücher. Bd. 38. S. 1 f.

— In Iherings Jahrbüchern. Bd. 29.

Struv, Syntagma iurisprudentiae cum additionibus P. Mülleri. Frankfurt und Leipzig 1692.

Stryk, Commentarius ad l. 11. Cod. de pet. heredit. De necessitate edendi titulum possessionis. Frankfurt und Leipzig 1757.

— Tractatus de actionibus forensibus investigendis et caute eligendis. Wittemberg 1738.

Telting, Stadboek van Groningen. S. Rechtsbronnen. I, 9.
Thorsen, Die dem jütischen Low verwandten Stadtrechte. Kopenhagen 1855.
Tomaschek, Deutsches Recht in Österreich. 1857.
— Der Oberhof Iglau und seine Schöffensprüche. 1868.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1. Paderborn 1902.
Ubbelohde, Der unus casus des § 2 J. de act. 4, 6. Nach Franckes Mitteilung wiedergegeben. Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 13. S. 401 f. 1878.
Ullmann, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des gesetzlichen ehelichen Güterrechts. Archiv für d. zivil. Praxis. Bd. 92. S. 288 f.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I, Marburg 1863.
— Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Bd. 1—3. 3. Aufl. Marburg 1845/47.
Vollgraf, Revision verschiedener deutsch-rechtlicher Theorieen, namentlich über die Persönlichkeit der Rechte, über die Bedeutung der Gewehr, Eigen, Lehn, Zinsgut, Pacht, Regalität, insonderheit über den Charakter der Reallasten Arch. für d. zivil. Praxis. Bd IX. Beilageheft.
Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würdtembergischen Privatrecht. 3 Hefte in 1 Band. Stuttgart 1845—1846.
Walch, Vermischte Beiträge zu dem deutschen Recht. I, Jena 1771. (II, 1772, IV, 1774, VIII, 1793.)
Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. I, Gießen 1860.
Weiske, Grundsätze des teutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel mit Berücksichtigung und Vergleichung des Schwabenspiegels, vermehrten Sachsenspiegels und sächsischen Weichbildes. Leipzig 1826.
Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus. Grünhuts Zeitschr. für d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. 31 (1904) S. 631 f.
Wendt, Über die Beweislast bei der rei vindicatio. Archiv für d. zivil. Praxis. Bd. 76 (1890).
— Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Archiv für d. zivil. Praxis. Bd. 87. S. 40 f. (1897).
Wetzell, Der römische Vindikationsprozeß. Leipzig 1845.
— System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
Wieding, Der justinianische Libellprozeß. Wien 1865.

Windscheid (Kipp), Lehrbuch des Pandektenrechts. 1. Bd. 9. Aufl. Bearbeitet von Kipp. Frankfurt a/M. 1906. (Zitiert für d. gem. Recht „Windscheid", für das Bürgerl. Gesetzbuch „Kipp".)

Wirsing, Über das Wesen und die prozessualische Natur der nominatio auctoris. Würzburg 1848.

v. Wretschko, Historische Vierteljahrsschrift. 1906. S. 223 f.

Würfel, Nachrichten von der Judengemeinde . . . (zu Nürnberg). Nürnberg 1755.

Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation. Halle 1866.

Zimmermann, Noch ein Wort über den unus casus im § 2 J. de act. (IV, 6). Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß. Bd. XI. S. 267 f. (1854).

C. Gerichtsentscheidungen.

1. Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Jena aus dem Jahre 1852 in Seufferts Archiv, Bd. 6, No. 265 S. 380 und des Oberappellationsgerichts zu Cassel aus dem Jahre 1865 eod. Bd. 20, No. 104, S. 843.
2. Entscheidungen des Kammergerichts in Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Bd. 2 und 5 (zitiert: R., Bd. 2 und 5).
3. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 49. Bd. 51. Bd. 54.

Die Lehre von der rechtlichen Stellung des Besitzers, die, wie die reichhaltigen Bestimmungen über die Gewere und possessio zeigen, wegen ihrer engen Verknüpfung mit dem praktischen Leben schon im deutschen und römisch-gemeinen Rechte im Vordergrunde des juristischen Interesses stand, hat auch im Bürgerlichen Gesetzbuche mannigfache und zumeist ganz neue Rechtsnormen geschaffen. Schon die Haupteinteilung der heutigen Besitzarten weicht von den älteren Rechten ab. Denn abgesehen von den verschiedenen Formen der Gewere, die nun der Geschichte angehören, ist auch die gemeinrechtliche Einteilung in juristischen Besitz und Detention vom Bürgerlichen Gesetzbuch, so sehr es auch sonst auf dem Boden des römisch-gemeinen Rechts steht, aufgegeben worden.

Besitzer ist nach § 854 B.G.B., wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat. Ob er die Sache für sich oder für einen anderen besitzen will, ist rechtlich bedeutungslos. Das berühmte Dogma vom animus domini (Savigny, Recht des Besitzes. 1803) ist hauptsächlich auf Grund der Schriften von Iherings,[1]) Gierkes[2]) und Bekkers[3]) aus dem praktischen Rechtsleben glücklich wieder beseitigt

---

[1]) Der Besitzwille, Jena 1889. — Der Besitz, in seinen Jahrbüchern, Bd. 32, S. 41 f.

[2]) Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht. Leipzig 1889. Vergl. auch „die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht". Jena. 1897. S. 4 f.

[3]) Der Besitz beweglicher Sachen. Iherings Jahrb. Bd. 34, S. 1 ff.

worden. Wichtig ist, daß mit diesem sehr weit gefaßten Besitzbegriffe die große Mehrzahl der gemeinrechtlichen Detentionsverhältnisse mit Besitzschutz ausgestattet worden sind, sicher nicht zu Ungunsten unserer schnell fortschreitenden wirtschaftlichen Entwicklung. Der Kredit des einzelnen und die allgemeine Verkehrssicherheit sind hierdurch so weit wie möglich gesteigert worden. Je nachdem der Besitzer die Sache in seiner unmittelbaren Gewalt hat (§ 854), oder ein anderer für ihn den Besitz auf Zeit ausübt (§ 868), ist der unmittelbare Besitzer vom mittelbaren zu unterscheiden.

Die gemeinrechtliche Detention begegnet uns nur noch in dem ziemlich eng gefaßten Begriff des § 855 B.G.B. „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer". Eine Bezeichnung für solche abhängige Personen fehlt im Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Literatur wurde der Ausdruck „Besitzdiener" von Bekker,[1]) „Besitzgehilfe" von Dernburg,[2]) „Besitzhalter" von Endemann,[3]) „unvollständiger Inhaber" von Strohal,[4]) „Inhaber" von Cosack und Gierke vorgeschlagen. Üblich wurde der Ausdruck Bekkers, der auch den Vorzug der Priorität für sich hat.

A.

Um untersuchen zu können, ob in den früheren Rechtssystemen Eigentumsansprüche gegen bloße Besitzdiener möglich waren, müssen wir uns zunächst fragen, wer alles

[1]) In Iherings Jahrb. B. 34, S. 42.
[2]) Bürgerl. Recht, III, S. 49.
[3]) Bürgerl. Recht. 2. Bd., S. 33.
[4]) Sachbesitz. S. 5.

nach heutigem Recht als bloßer Besitzdiener zu gelten hat. Je nach den in § 855 angegebenen Abhängigkeitsverhältnissen unterscheiden wir:[1])

1. Personen, die im Haushalt eines anderen beschäftigt sind und entweder die häusliche Gemeinschaft des Hausvorstandes teilen, wie Familienglieder und Dienstboten oder nur vorübergehend im Haushalt tätig sind, wie Aufwartefrauen, Wäscherinnen usw. Die so verrichtete Tätigkeit kann sowohl innerhalb wie außerhalb der Räume des Haushalts stattfinden. Der Knecht z. B., der auf dem Felde den Pflug führt und der Gast, der zum Jagen die Flinte des Gastgebers benutzt, sind in Ausübung der Herrschaft über diese Sachen bloße Besitzdiener, weil sie teils durch Pflicht, teils durch Rücksichten des Anstandes und der guten Sitte den sich auf die Sachen beziehenden Weisungen des Besitzherrn sofort Folge zu leisten verbunden sind.

2. Personen, die im Erwerbsgeschäfte eines anderen tätig sind, z. B. beim Betrieb eines Handwerks, industriellen Unternehmens, bei Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes. Auch hier braucht sich die Tätigkeit nicht auf die Geschäftsräume zu beschränken. Der Handlungsreisende ist z. B. hinsichtlich der Muster und Musterkoffer, die er mit sich führt, wiederum nur Besitzdiener seines Prinzipals.

3. Personen, die in einem anderen ähnlichen Verhältnisse stehen, vermöge dessen sie den Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten haben. Dieses Abhängigkeitsverhältnis kann ein privates oder öffentlich-rechtliches sein, privat z. B. beim Fuhrmann, der die Kohlen für mich von der Bahn abholen soll, beim Wanderer, der ein am Brunnen angebrachtes Gefäß zum Trinken benutzt, öffentlich-rechtlich z. B. beim Soldaten hinsichtlich seiner Ausrüstung, beim

[1]) Kommentare von Planck, Staudinger, Neumann und Biermann zu § 855 B.G.B. Eingehendere Darstellungen hierüber vergl. bei Sprenger, S. 45 f.; Liebezeit, S. 15 f.; Oppenheim. § 11, S. 41 f.

Geistlichen hinsichtlich der rituellen Gewänder. Ein neben dem Abhängigkeitsverhältnis bestehendes Vollmachtsverhältnis, z. B. eine Prokura, Handlungsvollmacht, schließt das Entstehen von Besitzdienerverhältnissen nicht aus.

Die Grenze[1]) zwischen Besitzdienerschaft und unmittelbarem Besitz aus § 868 bleibt freilich trotz vielfacher wissenschaftlicher Bemühungen[2]) streitig. Ob z. B. jemand Beauftragter, Verwahrer, Leiher ist oder bloßer Besitzdiener, muß oft der freien richterlichen Beweiswürdigung anheimgestellt werden.

Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Entstehungsgeschichte des § 855 B.G.B. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. ging, als sie das Besitzdienerverhältnis durch Aufnahme des § 797a (im wesentlichen übereinstimmend mit dem jetzigen § 855) in den Entwurf normierte, von der Auffassung aus: „das Gesetz müsse sich darauf beschränken, die praktisch wichtigsten Fälle hervorzuheben, und der Wissenschaft und Praxis überlassen, durch eine vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung des § 797a (des jetzigen § 855) zu sorgen.“ „Entscheidend für das fragliche Verhältnis sei, daß demjenigen, der den Besitz für einen anderen ausübe, ein zivilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht dem Besitzer gegenüber nicht zustehe.“[3]) Deshalb sucht man auch im B.G.B. vergeblich nach einer in sich abgeschlossenen Begriffsbestimmung für Besitzdiener in der Form der Legaldefinition. Nach den durchaus überzeugenden Ausführungen F. Leonhards[4]) liegt das für die Annahme eines Besitzdienerverhältnisses im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines anderen entscheidende Begriffsmerkmal darin, daß nach den „sozialen

[1]) Kommentare von Planck, Staudinger, Neumann zu § 855.

[2]) Vgl. hierüber besonders Heß, Besitzdiener. S. 30 f.

[3]) Protokolle, Bd. III, S. 31, 32.

[4]) Vertretung beim Fahrniserwerb. S. 63, 64.

Anschauungen“[1]) bei solchen Abhängigkeitsverhältnissen ein „Befehlsrecht“ des Besitzherrn und dementsprechend eine „Gehorsamspflicht“ des Besitzdieners, also eine soziale Unterordnung des letzteren gegenüber ersterem begründet ist. Das Befehlsrecht wird zwar meist mit einem bestimmten privaten Rechtsverhältnis verknüpft sein, ist aber keineswegs durch dieses bedingt;[2]) denn die Begriffe des Befehls und des Gehorsams „gehören nicht dem Privatrechte an — oder doch nur dem Familienrechte, das überhaupt dem öffentlichen Rechte nahe steht.“[3]) Das sonstige bürgerliche Recht kennt nur Ansprüche, aber keine Befehlsrechte. Wenn daher das Gesetz bei Umgrenzung des Tatbestandes des § 855 verallgemeinernd auch der Stellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft ähnliche Verhältnisse mit inbegreift, „vermöge deren er (der Besitzdiener) den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat“, so kann dann als „ähnlich“ im Sinne dieser Verallgemeinerung nur ein solches Verhältnis gelten, welches den Fällen des Haushaltes oder Erwerbsgeschäftes dadurch ähnelt, daß es nach Maßgabe der sozialen Anschauungen eine Unterordnung des Besitzdieners unter den Willen des befehlsberechtigten Besitzherrn, eine Verpflichtung des ersteren, Eingriffe des Herrn in die Inhabung zu dulden, ohne ein Rückbehaltungsrecht ausüben zu können, herbeiführt. Diese hier im Anschluß an F. Leonhard[4]) vertretene Auffassung vom Kriterium des Besitzdienerbegriffs ist wohl auch zurzeit die in der

---

[1]) Der „tatsächlichen Auffassung des Lebens“. Leonhard a. a. O., S. 64. Vergleiche ferner: Protokolle III, S. 3340; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 48 f.; Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 29, S. 357, Bd. 38, S. 9; Biermann, S. 6[1]; Pininski, Bd. 1, S. 127, 147 f.; Bd. 2, S. 229 Anm.; Lenel, S. 91, 92.

[2]) Vergl. außer F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 63, auch Endemann, Einführung, Bd. 2, S. 133 gegen Protokolle, S. 3343 und R.G. Bd. 49, S. 173 und Bd. 54, S. 396.

[3]) F. Leonhard, Vertretung. b. Fahrniserwerb S. 63.

[4]) In seiner Schrift: „Vertretung beim Fahrniserwerb“ (1899).

Literatur herrschende.[1]) Danach wird z. B. ein gehorsamspflichtiger Verwahrer, Mandatar usw., der unter fremder Aufsicht steht, sicher als Besitzdiener anzusehen sein.[2])

---

[1]) Vergl. Crome, S. 26; Strohal, S. 9, 10; Eger, S. 18; Biermann, Anm. 2a zu § 855, S. 11 und S. 6; Staudinger-Koben zu § 855, S. 14; Munscheid S. 37/38; Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 87. S. 64 f.; Sprenger, S. 33 f.; Liebezeit, S. 26 f.

[2]) Dagegen sind z. B. keine Besitzdiener Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, denn bei ihnen fehlt jede Abhängigkeit. Ihre Verwaltung ist vielmehr eine völlig selbständige, deshalb sind sie auch Besitzer der ihnen anvertrauten Verwaltungsobjekte. (Ebenso Strohal, Sachbesitz, S. 15, Planck, Bem. 5 zu § 854, S. 35; Lehmann, S. 62; Matthiaß, S. 7; Neumann, Bem. 3 zu § 868; Biermann, Bem. 4 zu § 868; Dernburg B.G.B. § 14, S. 50; Endemann, Bürgerl. Recht, S. 123; Gärtner, S. 145.) Anderer Ansicht Cosack, S. 66. Desgleichen sind Vormund und Pfleger als Besitzdiener nicht anzusehen; denn der Vormund übt die tatsächliche Gewalt über das Mündelgut gegenüber dem Mündel völlig selbständig aus. — Übt das Mündel die tatsächliche Gewalt aus, so kommt der Vormund gar nicht in Betracht. (Ebenso Biermann, Bem. 4 zu § 868; Dernburg, B.G.B. S. 50; Endemann, S. 123; Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb; S. 62, Planck, Bem. 5 zu § 854, S. 35.) Anderer Ansicht Cosack, S. 66; Bunsen, Seite 13.

Ein lebhafter Streit wird ferner über die Besitzqualität der Vorstände einer juristischen Person geführt. Dieselben sind meines Erachtens als Besitzer anzusehen; denn ihre Stellung ist eine derartig selbständige, daß von einer Unterordnung, wie sie als maßgebendes Kriterium für die Fälle des § 855 B.G.B. gefordert wird, nicht die Rede sein kann. Üben sie tatsächliche Gewalt aus, so sind sie Besitzer nach § 868. (Ebenso Biermann, Bem. 4 zu § 855; Endemann, S. 123; Leonhard, Fahrniserwerb, S. 62; Neumann, Bem. 3 zu § 868; Planck, Bem. 5 zu § 854, S. 35.) Anderer Ansicht Kniep, S. 53, der diese Personen als Alleinbesitzer hinstellt, Cosack, S. 66; Dernburg, B.G.B. S. 50; Matthiaß, S. 7; Lehmann, S. 62 f.; Kipp, S. 692 sub G, Sprenger, S. 58 f., nach denen sie Besitzdiener sind; Förtsch, S. 543; Turnau-Förster, Bem. 3 zu § 855; Ullmann, S. 315 und das Kammergericht (R., Bd. 5, S. 148), nach denen diese Personen nur den Besitz der juristischen Person betätigen, also weder Besitzer noch Besitzdiener sind.

Die obige Einteilung der unter § 855 fallenden Tatbestände ist speziell auf die modernen Verhältnisse zugeschnitten. Deshalb werden wir uns bei Beantwortung unseres Themas zwecks Auffindung der deutschen und römisch-gemeinrechtlichen Besitzdiener, gegen die unter Umständen ein Eigentumsanspruch geltend gemacht werden konnte, einer anderen Einteilungsweise bedienen.

Wir unterscheiden im folgenden:

1. häusliche,
2. momentane,
3. prokuratorische,
4. selbstnützige Besitzdienerschaften.

Prokuratorische Besitzdiener nennen wir die, welche an der ihnen überlassenen Sache etwas für ihren Besitzherrn, selbstnützige die, welche daran etwas für sich selbst vornehmen.

Zu dieser Gruppierung veranlassen uns die eigentümlichen gesellschaftlichen Zustände bei den Deutschen der älteren Zeit und des Mittelalters, sowie bei den Römern,[1]) die durch die ausgedehnte Macht des Hausherrn, durch die Sklaverei und die auch sonst im Rechtsleben sehr hervortretenden Standesunterschiede von den heutigen Verhältnissen bedeutend abweichen.

B.

Im deutschen Recht kann von Eigentumsansprüchen nur in einem besonders modifizierten Sinne die Rede sein.

a. Denn im germanischen Rechtsbewußtsein waren die Begriffe Besitz und Eigentum noch eng miteinander verknüpft, doch so, daß die Merkmale des Eigentums in dieser Verbindung das Hauptelement bildeten. Freilich behaupten

[1]) Vergl. Endemann, B.R. S. 137, 139; Ihering, Besitzwille, S. 101 f., S. 505; Liebezeit, S. 40.

mehrere Schriftsteller, die Deutschen hätten den Begriff des Eigentums gar nicht gekannt.[1]) Dem widersprechen aber die sehr deutlichen Bezeichnungen des Eigentums als „eigentliche Gewere“,[2]) „Eigen“.[3]) Doch kennen die Deutschen bis ins 14. Jahrhundert hinein noch nicht den abstrakten Eigentumsbegriff.[4]) Insbesondere fehlte diesem in seinem Jugendalter die prinzipielle Ausschließlichkeit und der begriffliche Gegensatz zwischen Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten. Der einheitliche Begriff der rechtlichen Sachherrschaft war nur mannigfacher Abwandlungen[5]) fähig und so verschwand der Gegensatz von Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten in der Form stärkerer und schwächerer Gestaltung desselben Herrschaftsrechtes. Jede solche Rechtsgestaltung wurde in Form einer Gewere am Gut sichtbar. Das der Eigengewere entsprechende Eigentumsrecht als das „auf Beherrschung der Sache im ganzen gerichtete Recht“ unterschied sich von den in einer beschränkten Gewere erscheinenden dinglichen Rechten stets nur seinem Umfang, seinem Inhalt und Zweck, nicht seinem Wesen nach. Jeder im Eigentumsrecht enthaltene Bestandteil konnte so zu einem besonderen dinglichen Rechte verselbständigt werden, sofern er die Form einer Gewere anzunehmen vermochte, wie z. B. das Recht des Pächters und Mieters, das Recht des Vormunds an dem in seine Gewere gegebenen Mündelvermögen usw. Dabei war nicht einmal eine Sachgewere erforderlich, sondern auch die in einer bloßen Rechtsgewere[6]) sich äußernden Rechte erhielten

[1]) z. B. Vollgraf, S. 40; Phillips, Deutsches Privatrecht, Bd. II. Seite 6 f.

[2]) Ssp. II, 45, S. 3: We an sine lene oder an lifgedinge siner moder oder siner nichtelen to seyet eme egen, he mot de egenliken gewere mit ses scepenbaren vri mannen getügen. . . .

[3]) Vgl. Gierke, D.Pr.R. II Bd. S. 350, insbesondere Anmerk. 6.

[4]) Gierke, D.Pr.R. Bd. 2, S. 347, 349, 351.

[5]) Vgl. Gierke, a. a. O. S. 351 Anm. 11.

[6]) Einer „ideellen Gewere“. Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 3 und die dort zitierte Literatur betreffend den Streit über das Dasein der ideellen Gewere.

damit den Charakter der Dinglichkeit, z. B. Rechte auf künftigen Anfall eines Guts, auf Anteile an den Erträgnissen usw. Alle diese in Form einer Gewere auftretenden dinglichen Rechte bezeichnet daher Gierke treffend als „verselbständigte Eigentumssplitter“.[1])

Der ursprüngliche deutsche Eigentumsbegriff umfaßte auch Rechte öffentlich-rechtlichen Charakters.[2]) Privatrechtliche Vermögensrechte am Grund und Boden waren zugleich politische Herrschaftsrechte, weil sie die Grundlage der Rechtsstellung der größeren und kleineren Verbände und auch des einzelnen bildeten, insbesondere seinen Stand bestimmten. Erst am Ende des Mittelalters, und zwar zuerst in den Städten, begann man Gebietshoheit und privatrechtliches Eigentum zu trennen, ohne jedoch zu einer völligen Befreiung von den alten Anschauungen zu gelangen, die uns in den Einrichtungen des Patrimonialstaates noch lange begegnen.

Die wünschenswerte Loslösung des Eigentums von den ihm bisher anhaftenden öffentlichen Bestandteilen wurde durch die Aufnahme des römischen, lediglich privatrechtliche Befugnisse gewährenden Eigentumsbegriffs erleichtert. Die Rezeption bewirkte auch die Scheidung der Begriffe: Eigentum und dingliche Nutzungsrechte.

Von Eigentumsansprüchen kann daher für die Zeit vor der Rezeption nur unter Zugrundelegung des oben modifizierten deutschen Eigentumsbegriffs die Rede sein.

Wir kommen hiermit auf die prozessualische Geltendmachung des Eigentums im deutschen Recht. Auch hier begegnen wir der dem materiellen Recht analogen Erscheinung, daß den Deutschen die römische Unterscheidung von petitorischen und possessorischen Klagen unbekannt war. Auch kannte das deutsche Recht keine besondere Eigentumsklage.[3]) Den Eigentumsschutz vermittelte es durch

[1]) D.Pr.R. Bd. 2, S. 359.

[2]) Vgl. Gierke, a. a. O. S. 356.

[3]) Vgl. Gierke, D.Pr.R. II. Bd., S. 553; Stobbe-Lehmann, D.Pr.R. Bd. II, 1, S. 210.

seine Klagen aus der Gewere. Auch den Klagegrund bildete für den klagenden Eigentümer nicht sein Eigentum, sondern der ungewollte Verlust früherer Gewere. Die Klagen aus der Gewere waren darauf gerichtet, fremde Gewere zu brechen. Sie konnten daher nur gegen den Inhaber der Gewere, nicht aber gegen eine Person erhoben werden, welche das Gut zwar in Händen hatte, aber der Gewere „darbte". So heißt es in den Goslarer Statuten S. 81 l. 10:

Welkerleye gut en in sinen weren heft, dar sal he vore antworden billiker deme de, de der were darvet;

und ferner in Ssp. III. 31 § 2:

Sterft aner iene uppe den de clage geit sine eruen en antwordet dar uore nicht se en hebben dat gut under en dar ümme iene beclaget was.

Hiernach sollten Erben erst dann belangt werden dürfen, wenn sie „das Gut unter sich hätten", d. h. wenn sie es in ihren Besitz, ihre Gewere gebracht hätten. Aus diesen Quellenstellen ergibt sich, daß die Gewere grundsätzlich auch die Passivlegitimation bei Vermögensstreitigkeiten verlieh.

Hinsichtlich ihrer verschiedenen Erscheinungsformen ist hauptsächlich die Gewere an liegendem Gut von der Gewere an Fahrnis zu unterscheiden. Während im römischen und gemeinen Recht der Gegensatz von beweglichen und unbeweglichen Sachen von untergeordneter Bedeutung war, haben die Deutschen Fahrnis und Liegenschaften im Rechtsleben stets streng voneinander geschieden, sehr zum Nutzen ihrer sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse.[1]) Fahrnis sind alle Sachen, die unbeschadet ihrer Existenz von einem Ort zum anderen fortbewegt werden können, Liegenschaft ist Grund und Boden und alles, was niet- und nagelfest, erd- oder mauerfest damit verbunden ist. Der wirtschaftliche Wert der letzteren besteht in der Nutzung; in ihr aber äußert sich die tatsächliche Herrschaft über ein Grund-

[1]) Vgl. insbes. H. Meyer, in Festgabe für Dahn, Bd. III, S. 278 f.

stück. Da nun die Gewere hat, „wer sich tatsächlich als Herr einer Sache erweist, indem er sie in selbständiger Rechtsausübung beherrscht", spricht das deutsche Recht dem die Gewere an Liegenschaften zu, der, sei es in natura oder als Zins, die Nutzungen daraus für sich, nicht, wie ein Knecht oder Verwalter, für einen anderen, zieht. Bei fahrender Habe ist wirtschaftlicher Zweck nicht das Nutzen sondern das Haben; denn der Wert einer beweglichen Sache wird nicht allein durch ihren Gebrauch, ihre Abnützung, sondern auch durch die Möglichkeit ihres Verbrauchs bestimmt. Diese doppelte Möglichkeit und damit zugleich die tatsächliche Herrschaft über die Sache gewährt nur das körperliche Gewaltverhältnis, die Gewahrsam. Die Gewere an einer Fahrnissache hat daher, „wer sie in Ausübung eines behaupteten Rechts an der Sache in Gewahrsam hat".[1]) Die liegenschaftliche Gewere fällt also grundsätzlich zusammen mit der Nutzung, die Fahrnisgewere mit der Gewahrsam der Sache.

Es gibt aber zahlreiche bewegliche Sachen, über die wir eine tatsächliche Herrschaft ausüben, ohne daß sie unserer dauernden unmittelbaren Einwirkung unterliegen. Es gehören hierher das Vieh auf der Weide, landwirtschaftliche Gerätschaften, die auf einem Ackergrundstück unbeaufsichtigt liegen, Waren auf den Lagerplätzen des Kaufmanns. Solche Sachen, die ohne besonderen Gewahrsam auf meinem Grundstück sich befinden, sind in meiner Gewere, in meinen Weren, wie die Quellen sagen.

Eine Gewere kann aber auch an Fahrniskomplexen bestehen, die wirtschaftlich zusammenhängen, wie ganze Vermögen, Warenlager, Erbschaften usw. und die gleich den Liegenschaften einen selbständigen Herrschaftsbereich für sich bilden.

Endlich gibt es einzelne bewegliche Sachen, an denen eine besondere Herrschaft ohne Gewahrsam bestehen kann, weil sie gleichfalls einen Herrschaftsbereich für sich bilden,

[1]) Herbert Meyer, in Festgabe für F. Dahn, III, 1905, S. 282.

z. B. größere Schiffe. An diesen kann sogar, wie an Liegenschaften, mehrfache Gewere bestehen, was sonst bei Fahrnis nicht möglich ist. Der schmiegsame deutsche Gewerebegriff sucht so den verschiedensten wirtschaftlichen Erfordernissen gerecht zu werden.

Über die rechtliche Natur der Gewere ist viel gestritten worden. Zweifellos ist ihr Begriff weit umfassender als der des Eigentums, des Besitzers oder Besitzrechts. Heusler[1]) nennt sie „den tatsächlichen Ausdruck der Herrschaft und des in Anspruch genommenen materiellen Rechts". Nach Huber[2]) „stellt sie unter Vorbehalt der Berichtigung die Ordnung der dinglichen Rechte dar". Darum gibt sie „das Recht zur Vertretung der Sache".[3]) Gierke[4]) gibt folgende erschöpfende Beschreibung der Gewere: „Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten Rechtes, und jedes dingliche Recht hat den Anspruch auf Darstellung in einer Gewere. Es ist möglich, daß Gewere und dingliches Recht auseinander fallen. Dann gebührt dem inneren Verhältnisse der Vorrang vor der äußeren Hülle; das wahre Recht hat die Macht, die Form des Rechtes zu zerbrechen, wenn sie sich als trügerisch erweist. So lange aber, bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund. Die Gewere begründet eine Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechts. Darum verbindet sie mit solchen Funktionen, die denen der possessio verwandt sind, die Funktion eines sachenrechtlichen Legitimationsmittels."[5])

---

[1]) Inst. II, S. 20.

[2]) Gewere, S. 48.

[3]) Albrecht, Gewere, S. 125.

[4]) Fahrnisbesitz, S. 9.

[5]) „Im einzelnen spielt sie vor allem bei der Verteidigung, der Verwirklichung und der Übertragung von Sachherrschaft eine ausschlaggebende Rolle" (Gierke eod.). Huber, Gewere, S. 8 ff. unterscheidet in derselben Weise die defensive, offensive und translative Funktion der Gewere.

b. Wir haben jetzt nur noch zu untersuchen, ob abhängige, unseren heutigen Besitzdienern entsprechende Inhaber der Gewere teilhaftig sein konnten, wodurch dann die Möglichkeit eines vermögensrechtlichen Anspruches gegen solche Personen erwiesen ist.

1. Entsprechend unserer oben angekündigten Einteilungsweise beginnen wir mit dem deutschen Hause.[1]) Dieses zeichnete sich in der älteren Zeit, wenngleich nicht so sehr, wie das römische, aus durch eine streng einheitliche Organisation mit dem Hausherrn als einer mit Rechten und Pflichten reich ausgestatteten Person als Oberhaupt. Ihm allein stand die Gewere an Haus und Hof, sowie an sämtlichem sich darauf befindenden Inventar zu. Frau und Kind standen unter seiner Vormundschaft und wurden vor Gericht durch ihn vertreten, der Haussohn solange, bis er durch Begründung eines selbständigen Hausstandes (emancipatio saxonica) zu eigener Gewere gelangt war, die Tochter, bis sie durch Heirat ihr Gut der Gewere des Gatten unterstellte, bis dahin „sitzen sie in des Vaters Were", sind ebenso wie ihre Mutter „Gast in fremder Gewere". Beim Wegfall des Hausherrn aber vertrat der Vormund den Mündel vor Gericht, haftete für dessen Vergehen und nahm für ihn Buße und Wergeld in Empfang.

Die besitzdienerartige Abhängigkeit der Hausangehörigen geht zudem aus Quellenstellen hervor, wo bestimmt wird, daß, wenn ein Hausgenosse unrechtmäßigerweise Sachen veräußert, über welche er doch nur die physische Herrschaft ausübt, sie als wider den Willen des Hausherrn verloren gelten sollen. Solche Gegenstände stellt das deutsche Recht als „abgetragene" Sachen in eine Höhe mit den gestohlenen und geraubten Sachen:

Freiburger Stat. tr. II, tit. 4 Abs. 6 (f° 36) (Meyer, Entwerung, S. 57.)

„Welcher etwas koufft, der sol sich versehen vnd eigentlich warnemen, was oder von wem er kouff; dann

[1]) Vgl. Ihering, Besitzwille, S. 103; Weske, D.Pr.R., S. 108.

wer es ein gestolne, geroupte oder abtragne hab, vnd kein der recht herr deßselben gůts, der bewysen, oder sunst glauplich anzög thun möcht, das sollich gůt sin wer, und mag daruff nach vnserm alten pruch ein schilling pfennig legen, vnd das von dem kouffer mit dem eide, wie es auch vnser pruch ist, fry on entgeltnuß, ouch on bezalung des vßgebnen pfandtschillings zů sinen handen nemen, doch mit vnserem wissen vnd erkantnuß."

Rb. n. Dist. IV. 42 d. I (Ortloff I, S. 256).

Von rechte sal man keyn gud anefangen, wen dubig gud, adder geroubet gud, adder gud, daz eyn gesinde also eyn magt adder knecht, syme herren obel zcu brengen adder siner fruwen.

Dem Herrn steht an solchen „abgetragenen" Sachen ein Rückforderungsrecht zu. Dieses konnte er, da die Sachen wie gestohlene und verlorene[1]) gehalten wurden, zumeist sogar in Form des Anefangs durchsetzen, so zweifellos bei dem vom Gesinde veräußerten Gut:

Rechtsb. n. Dist. IV. 42, dist. 4. (Ortloff I, S. 256 f.)

Ab eyner sins hern gud adder siner fruwen gud icht vortoppelte adder vorspelte, czu deme gute mag dy frowe adder der herre czin selbderte; glicherwis al ab is on vorstoln wer, adder ab is geroubet wer.

Ssp. III, 6, § 1 (S. 305) (Nied. 144, de Geer I, S. 81; III, 6, II, S. 139).

Verdobelet en knecht sines herren gut, oder versat he't oder verkoft he't, die herre mach it wol weder vorderen mit rechte, deste he sik dar to tie, als recht is.

Auch wenn der Herr dem Gesinde das von letzterem widerrechtlich veräußerte Gut anvertraut hat, steht ihm

[1]) In den Zeiten des fortgebildeten germanischen Rechts (im 14. u. 15. Jahrhundert) waren alle Sachen, die wider Willen des Inhabers aus der Were gekommen waren, anefangbar, während alle freiwillig aus der Were gelassenen dem Satze „Hand wahre Hand" unterlagen. Außer den gestohlenen und geraubten Sachen konnten daher auch alle Arten sonstwie verlorenen Sachen geanefangt werden. Vgl. Meyer, Entwerung, S. 48 ff.

dasselbe durch Anefang geltend zu machende Rückforderungsrecht gegen jeden Dritten zu:

Salfeld 12. (Walch I, S. 17).

Wirt ein knecht in die stad gesant mit eime pferde, verspelet her daz phert odir kleidere odir andere habe sines herren, komt der herre darnach vnd anevangt is, alze recht ist, man sal yene richte nach rechte.

Der Herr ist nicht etwa gezwungen, sich nach dem Satze „Hand wahre Hand" an seinen Knecht zu halten.

Ebenso verfügungsunfähig wie der Knecht war der Sohn (d. i. die Hauskinder überhaupt). Auch das vom Sohne unrechtmäßig veräußerte Gut konnte der Herr anefangen:

Freiberg i. S. 49 § 47 (Ermisch, S. 264; Schott III, S. 285, cap. 42; Walch III, S. 273, cap. 271).

Und nimet der sun deme vatere sines gutes icht, iz si waz iz si, pfert, ku, bette, pfül, harnasch ader waz he im nimet, und setzet iz vor sin spilgelt, wo iz denne der vater ankumt, do mac her sich iz mit gerichte underwinden, iz si, wi lange iz iener gehalden hat verborgen, daz hilft in nicht.

Schaffhäuser Richtebrief 1291 (Meyer, S. 48) § 119.

Da aein Burger aeinen sun ald aeinen knecht hat, treit der im deheimer slaht guot ûsse, swar daz kumt: das sol man ime âne schaden wider geben.

Besser gestellt war die Ehefrau. Auf das von ihr veräußerte Gut scheint der Anefang später allgemein Eingang gefunden zu haben, als bei den durch Sohn oder Knecht veräußerten Sachen.[1]) Jedenfalls aber galt, und darauf allein kommt es uns hier an, das Gut des Mannes, welches sie widerrechtlich veräußerte, stets als ebenso wider Willen aus der Were gekommen, wie bei Veräußerungen durch andere Mitglieder des Hausstandes. Sie durfte auch aus ihrem eigenen Gut nichts eigenmächtig veräußern, da ja

[1]) Vgl. Meyer, Entwerung, S. 71 ff.

auch dieses kraft der herrschenden Güterverbindung in der Gewere des Mannes stand.[1]) Dies ergibt z. B. folgende Stelle:

Ssp. I. 31, § 1 (S. 189) (Nied. 31, de Geer I, S. 25; I, 41, II, S. 29).

Wif ne mach ok ires gudes nicht vergeven ane ires mannes willen, dat he't dur recht dulden durve.

Ferner Otterndorf 14. (Pufendorf II. app. p. 178).

Kein Frowe mach ehr Gudt vergessenn ane ihres Mannes Verwilliginge.[2])

Das Rückforderungsrecht des Mannes ergibt folgende Quellenstelle:

Rechtsb. n. Dist. I. c. 48, dist. 8. (Ortloff I, S. 86).

Had (eyn wip) abir farnde gut vorkouft, da musz man widder geben und ienen musz den schaden dulden, durch daz daz hers musz weder recht genomen had.

Zwei Quellenstellen aus dem französischen und dem niederländischen Recht erklären auch den Anefang auf Grund der Abtragung durch die Frau für unbeschränkt zulässig:

Bouteiller f° 58 v° (Franken I, S. 271, note 1).

Item et sil advenoit que femme qui fust mariée se enhardist de embler aucune chose de son hostel sans le sceu de son mary, saches que la loy ne veult pas que ce soit dit larrecin: ne (außer) que le mary puis se faire poursuyte de restitution: ou quil sceust les choses, les doit ravoir.

Groningen VIII, 224 (Telting, S. 80).

Soe welke vrouwe horen manne buten synen willen outgaet ende hem syn gued outdraghet, so we de vrouwe ende dat gued outholt, de breket V marc teghen de stad, also veer als de man dat claghet den rade, ende darto sal he dat gued weder gheuen by alsodanen broke, als hem de raed dat hedet.

[1]) Bluntschli I, S. 430.

[2]) Vgl. ferner Meyer, Entwerung, S. 72.

Nach Aufkommen des Rechtssatzes von der Anefangbarkeit aller wider Willen verlorenen Sachen sind dann sicher auch in den deutschen Rechtsgebieten die von der Frau eigenmächtig veräußerten Sachen durch Anefang beigetrieben worden. Dies scheint z. B. auch aus den Worten „sine aliqua redemptione restituat" in folgender Stelle hervorzugehen:

A. Schleswiger Stadtr. (Thorsen, S. 12).

§ 39. Item nullius vxor ignorante marito impignorare potest vel uendere rem aliquam ultra duodecim denarios, vel etiam ad majus pro totidem fidejubebit. Si uero aliquis ausu temerario ultra pretaxata prestiterit et pignus a muliere receperit, sine aliqua redemptione pignus marito restituat. Quod si non fecerit sed occultauerit, reputabitur quasi furtum.

Aus all dem Angeführten ergibt sich die grundsätzliche Verpflichtungsunfähigkeit der Hausfrauen, Haussöhne und des Hausgesindes. Nur bis zu einem geringfügigen Betrage, dem Werte der eigenen Kleidung oder eines Teiles derselben, dem Belaufe einer unbedeutenden Geldsumme, der Höhe des verdienten Lohnes und bei Hausfrauen nur für Rechtsgeschäfte, die zu den regelmäßigen Haushaltungsangelegenheiten (Schlüsselgewalt) gehören, werden die von den Hausgenossen eingegangenen Verpflichtungen als mit rechtlicher Wirkung eingegangen betrachtet:

Iglauer Stadtr. Art. 65. (Tomaschek, S. 256).

Kaynes mannes sun, knecht oder frewut, der sein prot ist oder sein gewant treit, mak nicht mehr im vorspilen, denne was er vnter seinem gurtil beheldet. Und wer an ym mit eczlichem spile gewinnet, der wirt nischnicht behaben.

Stat. von Landeshut 1279. Art. 18. (Gaupp I, S. 154).

Nullus fidejubebit filio vel servo civis, nisi quantum secum in parata pecunia habuerit vel extra cingulum tenuerit in vestita.[1])

[1]) Vgl. ferner Hertz, S. 54.

Freiberg i. S. I. § 10. (Ermisch, S. 24).

Chein vrowe mac irem manne sines erbes noch sines eigenis weder verkoufen noch versetzen nichtesnicht wider sinen willen wen drittehalben phenninc. Waz abir ein vrowe gelobit an varnder habe umme kleidere unde umme ir notdurft, da muz der man vor antworden zu rechte.

Im übrigen bedurften alle Rechtsgeschäfte, die die Hausangehörigen abschlossen, der Genehmigung ihres Herrn, waren ohne diese ungültig. Sie hatten daher auch an den ihnen anvertrauten Sachen keine Gewere. Deshalb müssen die vom Gesinde usw. „abgetragenen" Sachen als durch Gewerebruch entzogen, als wider Willen des Herrn entwert aufgefaßt werden; denn der Hausherr übte die Gewere „über Haus und Hof und alles, was zu dem Hause gehörte,"[1]) aus.

Alle Leute, die er beslozzen hat mit tuer und mit tor, die heissen sin gewalt.[2]) Er benutzte die Gewaltuntergebenen nur als Werkzeuge[3]) in Ausübung seiner Rechte, nicht als selbständige Willensbildner gegenüber Außenstehenden. Der Wille des Hausherrn war ihr Wille. Was sie widerrechtlich veräußerten, galt als wider Willen des Herrn entwert und unterlag gleich gestohlenem und verlorenem usw. Gut dem Anefang. — Aus dem Gesagten ergibt sich deutlich die besitzdienerartige Rechtsstellung der Hausgenossen.[4])

Die Unfreien, die in den Zeiten des jüngeren germanischen Rechts Gesindedienste leisteten, befanden sich naturgemäß in derselben, wenn nicht noch ausgeprägteren Abhängigkeit gegenüber ihrem Dienstherrn, wie das spätere freie Gesinde. Es erübrigt sich daher, über die besitzdienerartige Rechtsstellung der Unfreien besondere Belege

[1]) Meyer, Entwerung, S. 62.
[2]) Hertz, S. 9, 37 ff.
[3]) Vgl. Hübner, D. Pr. R., S. 182 f.
[4]) Vgl. auch Liebezeit, S. 42 f.

anzuführen. Sie hatten nicht nur keine Gewere, sondern waren gleich den römischen servi im Prinzip rechtlos.

In gemilderterer Form galt dies auch vom unfreien Bauern, dem sein Besitzherr ein Gut zur Bewirtschaftung überließ. Wir rechnen ihn deshalb, wenngleich im weiteren Sinne, auch noch zum germanischen Hause. Es versteht sich, daß auch diese servi casati oder mansionarii keinerlei Gewere an ihrem Landgute hatten; „denn das Verhältnis zwischen Gutsherren und unfreien Bauern gehörte damals überhaupt nicht dem Rechte an, es gibt nur ein Volksrecht, und der Unfreie steht außerhalb desselben.“[1]) Gleich der unfreien Hofgenossenschaft unterstanden diese unfreien Bauern der Willkür ihres Herrn, waren ihm gegenüber rechtlos, daher auch ohne Gewere am Gut,[2]) weil eine solche „nur, insofern sie Rechte erzeugt, ein Rechtsinstitut ist.“[3]) Es steht nichts im Wege, auch diese unfreien Bauern als zum Erwerbsgeschäfte des Gutsherrn gehörende Besitzdiener zu bezeichnen.

Da außer der Gattin, den Kindern, Dienstboten, Sklaven und unfreien Bauern ein weiteres Mitglied des deutschen Hauses sich nicht denken läßt, ist der Beweis erbracht, daß wegen mangelnder Gewere dieser Personen ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen sie nicht geltend gemacht werden konnte.

2. Hinsichtlich der momentanen Detention bedarf es unseres Erachtens keines Beweises, daß auch bei den Deutschen der älteren Zeit und des Mittelalters die bloß augenblickliche Gewaltausübung über eine Sache nicht als Gewere im Rechtssinne bezeichnet wurde. Das war auch bei ihnen so selbstverständlich, daß es in den Quellen gar keine Bestimmungen hierüber gibt. Also ist auch eine vermögensrechtliche Klage gegen solche Besitzdiener, falls man überhaupt noch ein Besitzdienerverhältnis und nicht

[1]) Vgl. Heusler, Gewere, S. 54.

[2]) Dies änderte sich erst mit dem Auftreten des Hofrechts, vgl. unten.

[3]) Heusler, Gewere, S. 54.

vielleicht ein rechtlich ganz bedeutungsloses Raumverhältnis annehmen will,[1]) nicht denkbar.

3. Anders verhält es sich mit der prokuratorischen und selbstnützigen Besitzdienerschaft. Hier beschreiten wir das Grenzgebiet, wo es streitig sein kann, ob einem Inhaber die Gewere zuzuerkennen sei, oder nicht.

aa. Wie wir schon erwähnten, stand die Gewere an Immobilien dem zu, der das Gut „in Nutz oder Gelde" hatte. Prokuratorische Detentoren, welche die Besitzvertretung in fremdem Interesse ausübten, werden also hier außer Betracht bleiben müssen, so der Gutsverwalter[2]) (Amtmann) und der Lehnsvormund über Frauen, weil ersterer das Gut für den Besitzherrn, letzterer für die Frauensperson bewirtschaftete, ohne, wie der Altersvormund, die Gewere am Gute innezuhaben. Denn infolge des eigentümlichen Charakters der alten bis ins 13. Jahrhundert hinein praktisch geübten Munt[3]) (des Vaters, Ehemannes und Vormundes) hatte auch der Vormund am Mündelgut das dingliche Recht der Nutzung, allgemein jedoch nur der Altersvormund, der Geschlechtsvormund nur nach einigen Volksrechten. Gehen wir etwas näher auf das Vormundschaftswesen in der Zeit der Volksrechte und des mittelalterlichen Land- und Lehnrechts ein.[4]) Die Altersvormundschaft der Volksrechte und des Landrechts und die Geschlechtsvormundschaft einiger Volksrechte übte der nächste dazu fähige Verwandte nicht zur Wahrung der Interessen des Mündels, sondern zur Sicherung des als Sippe- bezw. Familiengut angesehenen Vermögens für sich und seine Sippegenossen

[1]) So: Heß, Besitzdiener, S. 52 f.; R. Leonhard bei Eck, II. Bd., S. 9, Note 6; F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 65 f.; Kipp, 1. Bd., S. 786; Biermann, Anm. 2a zu § 855. Anderer Meinung: Planck, III. Bd., S. 37; Eck, S. 9; Strohal in Iherings Jahrb., Bd. 38, S. 12; Mathiaß, II. Bd., S. 6; Oppenheim, S. 28, 30.

[2]) Vgl. auch Liebezeit, S. 42 f.; Hübner, D.Pr.R., S. 182 f.

[3]) Vgl. z. B. Heusler, Inst., S. 105 f.

[4]) Vgl. Schröder, D.R.G., S. 333 f.; Heusler, Inst., II. Bd. S. 480 f.; Kraut, Vormundschaft, I, 31 f. u. a.

aus. Denn der Minderjährige, so sagte man sich, konnte ja durch unverständige oder unvollkommene Vermögensverwaltung sein Hab und Gut verschleudern und die Frauensperson konnte An- und Einsprüche vor Gericht gegen Gefährdung ihres Vermögens nicht geltend machen, so daß dann den Erbberechtigten die Erbschaft verloren ging. Diese Gefahr war das maßgebende Motiv[1]) für den nächsten Anverwandten, als Vormund die Vermögensverwaltung für Frauensperson und Mündel zu führen. Hieraus erklärt sich der selbstnützige Charakter dieser Vormundschaften. Nicht hauptsächlich für den Mündel bezw. die Frauensperson, sondern für sich bezw. die Sippe verwaltete und nutzte der Vormund das Mündelgut. Es stand ihm daher auch die Gewere am letzteren zu.

Anders verhielt es sich mit der Geschlechtsvormundschaft. Die Stellung der Frauensperson war von vornherein eine andere, als die der Unmündigen. Schon nach den Volksrechten der Burgunder und Goten, sowie einiger anderer Stämme scheint der im Besitz befindlichen Mutter, nicht dem Vormund, die Verwaltung und Nutznießung und damit auch die Gewere am Hausvermögen gebührt zu haben,[2]) so daß der Vormund im wesentlichen nur auf die Vertretung nach außen hin beschränkt war. Die Frauen werden als verständig genug erachtet, Rechtsgeschäfte einzugehen bezw. das Mündelgut zu verwalten, allerdings nur im Einverständnis mit ihrem Mundwalt. Diese Einwilligung des Vormundes war ursprünglich für alle Rechtsgeschäfte[3]) der Frau, später nur noch zu gerichtlichen Handlungen[4]) derselben erforderlich. Zur Übernahme auch der Geschlechtsvormundschaft war der nächste Schwertmage[5]) der Frauensperson in erster Linie berufen.

[1]) Vgl. Heusler, a. a. O., S. 482.

[2]) Vgl. Schröder, S. 334; Heusler, Inst., Bd. 2, S. 299 f., 486. 433, 494.

[3]) Vgl. z. B. das Edictum Rothar, c. 204 (Kraut, S. 466).

[4]) Vgl. Ssp. I, 45, § 2 und 46.

[5]) Vgl. Ssp. I, 23, § 2 und 41.

Hinterließ ein Lehnsmann unmündige Kinder, die zur persönlichen Leistung des Lehnsdienstes unfähig waren, so wurde nicht der nächsterbberechtigte Anverwandte, sondern der Lehnsherr selbst Vormund und bezog kraft seiner vormundschaftlichen Gewere die Einkünfte des Lehns. Dem Lehnsherrn stand die Munt von vornherein vermöge der commendatio des Vasallen zu. Der Lehnsmann hatte sich in manus senioris kommendiert und starb er, so wurde die Nutzung dem Muntherrn kraft seines ihm mit der Munt eingeräumten Gewalt- und Herrschaftsverhältnisses frei, sie fiel ihm an, wodurch sich auch der hierfür in den Quellen gebrauchte technische Ausdruck anevelle-Anfall erklärt. Dies ergibt sich unter anderem aus Ssp. Lehnr. 26, § 2: Die herre is immer des kindes vormünde an deme gude dat it kint von ime hevet, die wile he it anevelle unverlegen hevet, unde sal dat gelt des gudes nemen, wente it kint to sinen jaren kome.

Der Lehnsherr konnte also das „anevelle“ für sich „unverlegen“ behalten, er konnte es aber auch einem anderen, z. B. dem gewöhnlichen Vormund der Kinder, wenn derselbe lehnsfähig war, ja sogar dem Kinde selbst leihen.

Von diesen lehnsrechtlichen Normen wich wiederum ab die Lehnsvormundschaft über Frauenspersonen. Diese waren, da sie Heeresdienste naturgemäß nicht leisten konnten, lehnsunfähig. Andrerseits wäre es unbillig und hart gewesen, Frauen nach dem Tode ihres Ehemannes oder Vaters aus allen ihren bisherigen Verhältnissen hinauszuweisen. Man griff daher zu einer eigentümlichen Form von Vormundschaft, welche namentlich die Erfüllung der Lehnspflichten, die auf dem Gute lasteten, ermöglichte, ohne der Frauensperson die Nutzung des Lehnsgutes zu entziehen. Auch in solchen Fällen hätte nun ohne Zweifel die Vormundschaft in erster Linie dem Lehnsherrn selbst wegen der Kommendation in seine Munt zugestanden. Tatsächlich findet sich hier auch nichts von Ansprüchen der nächsten Schwertmagen der Frauensperson, sondern dem Lehnsherrn steht es frei, sie zu erteilen, wenn

er will. Doch findet hier, eben um Härten gegen die Frauenspersonen zu vermeiden, kein anevelle statt; denn dadurch wäre ja Nutzung und vormundschaftliche Gewere am Lehnsgut auf den Lehnsherrn übergegangen. Dieser gab daher, da er kein Interesse daran hatte, die Vormundschaft selbst auszuüben, diese sofort weiter. Für ihn handelte es sich nur noch darum, daß jemand da war, der für die Frau die Lehnspflichten erfüllte, der den Heerschild hatte und zur persönlichen Leistung des Lehnsdienstes konnte aufgeboten werden. Zu diesem hauptsächlich militärischen Zwecke belehnte der Lehnsherr den Lehnsvormund und die Frauensperson gemeinsam mit dem Gute. Es wird sogar von Belehnung zu gesamter Hand gesprochen. So heißt es im Ssp. Lehnr., 56, § 5: . . . durch dat sie beide en vulle lenrecht an deme gude hebbet mit samender hant untvangen: he hevet die lenunge unde den herschilt, unde sie hevet dieselve lenunge unde die gewere.

Der landrechtlichen Geschlechtsvormundschaft entsprechend verbleibt der überlebenden Frau die Gewere (Nutzung) des Gutes. Der Mann (Lehnsvormund), sagt die eben zitierte Stelle, hat die Lehnung und den Heerschild, die Frau hat die Lehnung und die Gewere.[1])

Es befanden sich also, um das bisher Gesagte noch einmal zusammenzufassen, in der Gewere der Altersvormund nach den Volksrechten und dem Landrecht, der Geschlechtsvormund nach einem Teil der Volksrechte (wegen

[1]) Außer der Alters-, Geschlechts- und Lehnsvormundschaft gab es in Deutschland noch eine Vormundschaft über Gebrechliche. Für diese galten ganz dieselben Grundsätze, wie über die des Altersvormundes. Von einer Vormundschaft über Abwesende berichten die Quellen des älteren deutschen Rechts nichts. Der Abwesende galt als verstorben und seine Erben ergriffen bis auf weiteres den Besitz, um sich die Erbschaft zu sichern. Das im Mittelalter auftretende Institut der Vormundschaft über Abwesende entstammt durchaus dem eindringenden römischen Recht. Vgl. besonders Kraut, Vormundschaft, S. 207, 222 ff.

des straffen Charakters der Munt) und der Lehnsvormund über die unmündigen Kinder seines Lehnsmannes.

Keine Gewere hatte der Geschlechtsvormund verschiedener Volksrechte und des Landrechts. Dieser trat nur als Beistand auf, indem er in eigenem und seiner Sippe Interesse die Frauensperson in der Verwaltung ihres Vermögens unterstützte, zuletzt nur noch bei gerichtlichen Handlungen. Eine vermögensrechtliche Klage konnte niemals gegen ihn allein, sondern stets nur gegen ihn in Gemeinschaft mit der in der Gewere sich befindenden Frau angestrengt werden. Er selbst übte nicht einmal eine Detention über die Sache aus. Für uns kommt er daher hier nicht in Betracht. Keine Gewere hatten ferner der Gutsverwalter[1]) (Amtmann) und der Lehnsvormund über Frauenspersonen. Diese traten beide in fremdem Interesse auf. Wir können sie daher als prokuratorische Detentoren von Immobilien bezeichnen. Einige Quellenstellen scheinen allerdings auch für sie eine Gewere anzunehmen. Denn im Ssp. Lehnr. 56, § 1 heißt es, der Lehnsvormund habe die Gewere von der Frau wegen und im Art. 62, § 1 eod.: der Verwalter habe die Gewere vom Herrn. Doch will das, wie auch Heusler (Gewere S. 118) bemerkt, nichts anderes besagen, als, der Verwalter übe die Gewere des Herrn und der Lehnsvormund die Gewere seiner Schutzbefohlenen. Denn in der oben S. 23 zitierten Stelle des Ssp. Lehnr. 56, § 5 a. E. wird ausdrücklich bestimmt, daß der Lehnsvormund den Heerschild, die Frauensperson aber die Gewere innehabe. — Prokuratorische Inhaber von Immobilien hatten also keine Gewere am Gut. Folglich waren sie auch für keine vermögensrechtliche Klage passiv legitimiert.

Das Gegenteil ist der Fall bei den selbstnützigen Trägern von Detentionsverhältnissen über Liegenschaften. Zu ihnen zählen wir auch den oben seinem Rechtscharakter nach geschilderten Altersvormund, den Geschlechtsvormund einiger

[1]) Vgl. auch Hübner, D.Pr.R., S. 182.

Volksrechte und den Lehnsvormund über unmündige Kinder. Denn diese nutzten das Mündelgut für sich. Endlich gehören hierher auch die zahlreichen Zinsbauern. Diese setzten sich ursprünglich aus Unfreien und Hörigen zusammen, die von ihrem Besitzherrn ganz und gar abhängig waren, daher auch, wie wir oben schon nachwiesen, keine Gewere an ihrem Gut hatten. Dies änderte sich mit dem Aufkommen der Hofrechte. Die Unfreien und Hörigen der Volksrechte wurden mit der Zeit, zumal als das Christentum das Aufkommen milderer Sitten und Rechtsgebräuche begünstigte, persönlich frei und auch ihre Abhängigkeit von ihrem Besitzherrn nahm einen milderen Charakter an. Schließlich wurden im Mittelalter in den meisten Gegenden Deutschlands auch die bisher freien Bauern durch den aufkommenden Großgrundbesitz der geistlichen und weltlichen Grundherren in eine mehr oder weniger abhängige Stellung hinabgedrückt. Dieses Übergewicht der Herren steigerte sich unaufhaltsam, bis sie endlich zur vollen durch ihren Vogt ausgeübten Herrschaft über die Mark und die Markgenossenschaft gelangten. Diese abhängigen Zinsbauern bildeten einen Stand, der im Hofgericht des Herrn sein nahm. Zahlreiche Weisthümer regelten das Hofrecht.[1])

Wie im gleichzeitig sich bildenden Lehnrecht unter den Lehnsgenossen das Lehn, so wurde im Hofrecht unter den hörigen Kolonen das Hofgut Gegenstand des Rechtsverkehrs.[2]) Ein solcher war aber nur möglich, wenn den Zinsbauern die Gewere an ihrem Gute zustand. Dies ist nun zweifellos der Fall, wie Heusler in seiner „Gewere", S. 121 f. überzeugend ausführt. Der Zinsbauer hatte an seinem Gute die Gewere zu Hofrecht und vertrat kraft derselben sein Gut vor dem Hofgericht. Er bewirtschaftete sein Zinsgut auch in eigenem Interesse; war also ein selbstnütziger Detentor des Gutes. Aber als Besitzdiener können wir weder ihn, noch den Alters- und Geschlechtsvormund,

[1]) Vgl. z. B. Huber, Schweiz. Pr.R., 4. Bd., S. 52 f., S. 222.
[2]) Vgl. Hübner, D.Pr.R., S. 183 f.

noch auch den Lehnsvormund über unmündige Kinder bezeichnen. Denn sie alle nutzten für sich ein fremdes Grundstück. Der Nutznießer einer Liegenschaft ist aber auch nach der heutigen Verkehrsanschauung unmöglich ein bloßer Besitzdiener. Folglich ist die Annahme eines unter § 855 B.G.B. fallenden Detentionsverhältnisses hier von vornherein ausgeschlossen. In Betracht kommen für uns hier als Besitzdiener nur noch die unfreien und hörigen Bauern der älteren Zeit. Diese waren aber wegen mangelnder Gewere für vermögensrechtliche Klagen nicht passivlegitimiert. Aus alledem ergibt sich, daß es keinen besitzdienerartigen Inhaber von Immobilien gab, gegen den eine vermögensrechtliche Klage hätte angestrengt werden können.

bb. Nicht so gewiß war dies bei den Inhabern von Mobilien. Besitzer im Rechtssinne war hier naturgemäß jeder, der ohne das Erfordernis der Nutzung die Sache „in Ausübung eines behaupteten Rechts an ihr in Gewahrsam hatte".[1]) Doch müssen wir auch hier annehmen, daß, sobald ein pflichtmäßiges Abhängigkeitsverhältnis vorlag, dem Inhaber in fremdem Namen keine Gewere zugebilligt wurde. Denn unsere Altvorderen achteten gleichfalls nur den freien Mann. Wer aus Pflicht den Besitz in fremdem Namen ausübte, hatte auch bei ihnen kein rechtlich wirksames Herrschaftsrecht über die Sache, so vor allem die Handwerker der älteren Zeit. Diese waren entsprechend der älteren Wirtschaftsordnung Knechte und Hörige, und standen als solche in der Gewere ihres Herrn. Deshalb befand sich auch ihr Hab und Gut in der Gewere des letzteren; die Handwerker selbst waren unfähig, eine Gewere an den ihnen zur Bearbeitung übergebenen Sachen auszuüben. Verkauften oder versetzten sie daher eine solche Sache, so konnte der Herr mit Recht behaupten, dieselbe sei gegen seinen Willen aus seiner Gewere gekommen.[2]) Als sich dann bei fortschreitender kultureller

[1]) Vgl. oben S. 11.

[2]) Gemäß den Formeln des lib. Pap.: malo ordine possides non potuit tibi vendere, quia erat in mea potestate.

Entwicklung, insbesondere in den Städten, ein besonderer vom einzelnen Haushalt losgetrennter und unabhängiger Handwerkerstand herausbildete, verharrte doch das Recht auf seinem alten Standpunkte, ohne mit der Zeit fortzuschreiten. Deshalb bestand ebenso wie für die Hausangehörigen, auch für die Handwerker noch im Mittelalter der Grundsatz, daß sie durch Unterschlagung der ihnen anvertrauten Gegenstände einen unfreiwilligen Besitzverlust des Besitzherrn herbeiführten, so daß diesem eine dingliche Klage gegen jeden Dritten auf Herausgabe der Sache zustand. So heißt es im:

A. Lüb. R. Hach, Cod. II, 193, S. 346.

Doit en man kledere oder anders wat iemende to makende, unde uor koft oder uor set dat iene, deme it is ghedan to makende, de gene, de it dede to makende, maghet na stades rechte bet beholden, den it iement eme untsecghen moghe.

und im: Braunschweig. Stadtr. 108. (Hänselmann I, S. 110).

We eynem scradere bringt want, dar he ome cledere van snyden schal, verkofft edder vorsed de scrader dat want, des dat want is de schal yd to sek teen vppe den hilleghen ane broke, vnde me schal dem scradere volghen myt der veme.[1])

Auch Goldschmidt,[2]) Heusler,[3]) Kern[4]) und Herbert Meyer[5]) erklären die Herkunft dieses Rechtssatzes in demselben Sinne. Mittermaier[6]) erklärt diesen Rechtssatz dahin, daß man es nicht für ein Aufgeben der Gewere gehalten habe, wenn jemand eine Sache vorübergehend einem anderen gegeben habe, um mit der Sache etwas im Interesse des Hingebenden vorzunehmen. Diese Erklärung würde wohl für die ältere Zeit zutreffen, nicht aber bezüglich des un-

[1]) Weitere Quellenbelege siehe bei H. Meyer, Entwerung, S. 76.
[2]) Zeitschrift f. H.R. VIII, S. 253.
[3]) Inst. II, S. 215.
[4]) S. 27.
[5]) Entwerung, S. 76.
[6]) D.Pr.R. I, S. 408.

abhängigen Handwerkers des Mittelalters; denn dieser fertigte doch sicher die ihm aufgetragenen Arbeiten ausschließlich im eigenen Interesse. Dann läßt sich diese Ansicht Mittermaiers, wie auch H. Meyer in seiner Entwerung, S. 77 bemerkt, gar nicht aus den Quellen begründen und geht zu weit, da sich die Bestimmung eben nur für Handwerker findet. Nach Stobbe[1]) endlich spricht gegen unsere obige Auffassung der Umstand, daß dem Eigentümer nirgends die Klage gegen den dritten Besitzer auch dann zugeschrieben wird, wenn die Sache dem Handwerker gestohlen wurde. Indessen erklärt sich dies doch wohl daraus, daß der Anefang der gestohlenen Sache durch den Bestohlenen eben der ursprüngliche Fall des Anefangs ist. Ein Rechtssatz, der, wie der obige, einer entschwundenen Gesellschaftsordnung entsprossen war, mußte demgegenüber, wie H. Meyer[2]) mit Recht bemerkt, natürlich zurücktreten. Für unsere Auffassung spricht auch eine Stelle aus dem Memminger Rechtsbuch,[3]) die unseren Fall zusammen mit dem der Veräußerung durch Hausgenossen behandelt. Eingeschränkt wurde derselbe vielfach dahin, daß man dem Handwerker nur ein Recht zur Zurückbehaltung und Verpfändung bis zur Höhe seines Lohnes gab, so daß der Inhaber einen Lösungsanspruch gegen den Auftraggeber erhielt.

Nürnberg 1290. (Würfel, S. 30).

Ez magk avch dhein sneiter noch mentler noch dheinerlei hantwerkmann, der vmb lon würket, dhein guet, daz sein niht izt, sweter den cristen noch Jueden

[1]) II, 2. Aufl, S. 621, Anm. 28.

[2]) Entwerung S. 77.

[3]) Memminger Rechtsbuch 1396 (v. Freyberg V, S. 312).

46, 2. Wer ouch hie ze Memmingen aim antwerckmann, er sie schnider, schuochster, gärber oder ander antwerckmann oder fröw, ichtz entpfilht ze machen vnd er das versatzti, E er es gemachti, der sol ain manod von der stat vnd sol jins dennocht an schaden lösen; versatzti er das aber, So ers gemacht hett, das sol er doch nicht tiurer tuon, denn vmb sin lon; wer das

nicht höher versetzen, denn vmb viel alz lonez er verdint het; swer daz darvber einnimpt ze pfante oder darauf liet, der muzz ez einem, dez ez do yzt, wider gebenne vmb daz lon, daz er do an verdient het; vnd nit hoeher.[1])

Jedenfalls geht aus allen diesen Stellen hervor, daß auch im späteren Recht die Veräußerung durch Handwerker ebenso wie die Veräußerung durch Dienstboten und Hauskinder einen unfreiwilligen Gewereverlust für den Besitzherrn begründete. Der Handwerker konnte, da er selbst keine Gewere am anvertrauten Gute hatte, auch keine solche auf einen Dritten übertragen, er war bloßer Detentor der Sache. Und zwar wird man die abhängigen Handwerker (Knechte, Hörigen) der älteren Zeit als prokuratorische, die tatsächlich unabhängigen und nur noch vom rückständigen Recht als abhängig fingierten Handwerker der jüngeren Zeit als selbstnützige Detentoren wegen nunmehr überwiegenden eigenen Interesses am Arbeitslohn bezeichnen können. Eine vermögensrechtliche Klage konnte, weil sie keine Gewere an dem ihnen zur Bearbeitung übergebenen Gute ausübten, gegen sie nicht angestellt werden.

Gewere an Fahrnis ist gleich der unmittelbaren physischen Herrschaft über dieselbe, der Gewahrsam jedoch, wie wir gesehen haben, mit der Modifikation, daß der Besitzer diese Herrschaft auch durch die in seiner Gewalt befindlichen Personen, namentlich Hauskinder, Knechte, Dienstboten, später auch durch von ihm unabhängige Handwerker, ausüben kann. Die Auffassung Heuslers,[2]) daß die

---

darvber tät, der sol ouch ain manod von der stat sin, und soll jins dennocht lösen, was ers tiurer versetzt hat; wär aber ob kind ald ander lüt iemant das jr vsstrüg und das versatzti, wenn das wär, der sol das aen gelt wider geben, Sich bekanti denn ain Raut ains andern, dar naech vnd ain sach geschaffen ist.

[1]) Vgl. ferner: Dortmunder Urteilsbuch (Frensdorff IV, S. 109); Hamburg 1270, VI, 16 (Lappenberg, S. 32).

[2]) Gewere, S. 66, 278 ff.

Gewere an Fahrnis bedingt sei durch die Gewere an Haus und Hof und daß derjenige, welcher das Gut in lediglicher Gewere hat (also nicht der Lehnsherr, Erbzinsherr), auch die Gewere an der darauf befindlichen Fahrnis hat, ist irrig.[1]) Dies ergibt schon eine unbefangene Würdigung der Lebensverhältnisse an und für sich. Denn wäre die Gewere an Fahrnis bedingt durch die Gewere an Haus und Hof, worin sich die Mobilien befinden, so hätte z. B. wie Laband (a. a. O., S. 416) treffend ausführt, der Ritter keinen Besitz an seinem Heergerät, während er auf dem Feldzuge ist, der Kaufmann keinen Besitz an seinen Waren, während er mit ihnen auf der Reise sich befindet. Andrerseits wäre, wenn die Gewere am Grundstück diejenige an der darauf befindlichen Fahrnis in sich schlösse, z. B. der Gastwirt Besitzer aller Kleider, Waffen, Waren und sonstigen Mobilien, welche die bei ihm einkehrenden Gäste bei sich führen, der Hauseigentümer Besitzer alles Mobiliars seines Mieters, der Gutsbesitzer hätte in seiner Gewere die Fahrnis, die derjenige bei sich trägt, der auf seinem Gute einen Spaziergang macht oder eine Jagdberechtigung ausübt.[2])

Die Fahrnisgewere steht vielmehr jedem zu, der die Sache in seinem Gewahrsam hat. In der Gewere sind daher auch der Verwahrer, der Beauftragte, der Entleiher, der Trödler, der Verkaufskommissionär usw. Sie alle üben in Betätigung eines Rechtes die unmittelbare physische Herrschaft über die ihnen freiwillig anvertraute Sache aus.

Wenn nun aber ein solcher Detentor die Fahrnissache nur kurze Zeit, vielleicht nur auf Stunden hinter sich hatte, so steht nichts im Wege, ihn einem heutigen Besitzdiener zu vergleichen, ohne ihm die Gewere an der Sache ab-

[1]) Vgl. insbesondere Laband, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 15, S. 416 ff.

[2]) Vgl. auch System. Schöffenrecht, IV, 2, c. 89; Glosse zu Weichbildr. 23. (Daniels, Ssp. 291, Z. 42), wo von einer „sunderlichen gewere“ der Kinder und der Frau an einzelnen Mobilien oder Mobilienkomplexen innerhalb der dem Hausherrn zustehenden allgemeinen Gewere die Rede ist.

sprechen zu müssen. Hieraus ergibt sich die Möglichkeit der Anstrengung einer vermögensrechtlichen Klage auch gegen einen bloß besitzdienerartig eine bewegliche Sache Innehabenden nach germanischem Recht.

c. Wir sehen uns daher veranlaßt, im folgenden die Geltendmachung solcher Ansprüche auch nach ihrer prozessualischen Seite hin zu erörtern. Wie wir bereits oben Seite 12 andeuteten, diente die Gewere auch als formales Legitimationsmittel[1]) d. h.: wer die Gewere hatte, galt als legitimiert, das dingliche Recht, dem sie Ausdruck gab, sowohl aktiv als passiv, als Kläger, wie als Beklagter, gerichtlich zu vertreten. Eine vermögensrechtliche Klage konnte also immer nur gegen einen, der in der Gewere des umstrittenen Gutes war bezw. zu sein behauptete, angestrengt werden. Ihrer rechtlichen Natur nach war jede Klage anfänglich eine Deliktsklage.[2]) Der Begriff einer Zivilsache im Gegensatz zu einer Strafsache, wie wir ihn heut kennen, war der deutschen Rechtsanschauung der fränkischen Zeit noch unbekannt, mochten solche Klagen auch in einzelnen Fällen sachlich bereits vorkommen.

Der frühzeitig im deutschen Sachenrecht auftretende Gegensatz von fahrender Habe und liegendem Gut beeinflußte auch das Prozeßrecht,[3]) so daß sich schon in den Volksrechten sehr bald der Rechtsgang um Liegenschaften von den übrigen Verfahrensarten schied.

1. Auch die Liegenschaftsklage[4]) war ursprünglich eine Klage um rechtswidrige Landnahme, um Landraub,

[1]) Vgl. Huber, Gewere, S. 19 f., 50 f.; Gierke, Fahrnisbesitz S. 12. Auch die Funktion des Besitzes als Legitimationsmittel im bürgerlichen Reichsrecht beruht auf deutschrechtlicher Grundlage. Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 17. Im Liegenschaftsrecht ist diese Legitimationskraft der Gewere auf den Bucheintrag übergegangen.

[2]) Vgl. z. B. Heusler, die Beschränkung der Eigentumsverfolgung, S. 30, 31, Instit. d. deutsch. Pr. R., Bd. II, § 79; Stobbe, Bd. II, 2. Aufl., § 146, S. 613.

[3]) Vgl. Giese, S. 15 f.

[4]) Vgl. Brunner, R.G. II, S. 328 f.; Hübner, Immobiliarprozeß, S. 1, 34 f.

also eine Deliktsklage. Es handelte sich darum, ein Unrecht des Beklagten zu verfolgen. Von diesem Unrecht, nicht vom Recht des Klägers ging man aus. Auf das Widerrechtliche in der Handlungsweise des Beklagten wurde in der Klageformel ausdrücklich hingewiesen, am häufigsten durch die Wendung malo ordine tenes, possides, retines etc.[1])

Die Klage ging gegen jeden, der die Immobilie widerrechtlich innehatte; sie hatte also dinglichen Charakter. Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß neben der förmlichen Ladung (mannitio; später auch bannitio) und dem Streitgedinge als dritte Form der Prozeßeinleitung auch für den Immobiliarprozeß in einigen Quellenzeugnissen der „Anefang" angegeben wird.[2])

Die Immobiliarklage richtete sich also auch gegen den Dritten, der widerrechtlich das Grundstück innehatte, jedoch nur, wenn er die Gewere am letzteren ausübte. Ein bloßer Besitzdiener aber konnte, wie oben S. 26 ausgeführt wurde, nie in diese rechtswirksame Besitzstellung gelangen, folglich auch mit keiner Immobiliarklage belangt werden.

2. Es bleibt uns also nur noch der deutschrechtliche Mobiliarprozeß zur näheren Erörterung übrig. Auch für die Klagen um Fahrnis[3]) gilt der Grundsatz, daß sie, als Klagen aus der Gewere und darauf gerichtet, fremde Gewere zu brechen, nur gegen Gewere-Inhaber, nicht aber

[1]) Im Jahre 691 klagt der Diakon Chrotcharius vor König Chlodowech III., daß Chuneberctus mehrere genannte Güter im pagus Velcasinus malo ordine contradicerit vel post se retenerit. Andere Beispiele siehe bei Hübner, Immobiliarprozeß. S. 41 ff.

[2]) Dies ergibt z. B. die Benützung des für das Anefangen gebrauchten technischen Ausdruckes intertiare in einer fränkischen Quelle bei Boretius, Capitularia I, p. 15. Über die Herleitung des Ausdrucks intertiare für anefangen vgl. insbesondere Brunner, D.R.G. II, S. 498 f.

[3]) Vgl. Gierke, D.Pr.R. II, S. 553 f., Fahrnisbesitz, S. 71 f.; Heusler, Inst. § 118.

folgerichtig gegen Personen gerichtet werden konnten, die das Gut zwar in Händen hatten, aber der Gewere darbten. Eine Vindikation im römisch-rechtlichen Sinne wird dem Eigentümer, damit er in eben dieser Eigenschaft die Sache aus fremder Gewere wiedererlange, nach deutschem Recht nicht gewährt.[1]) (Vgl. oben S. 9.) Den Eigentumsschutz vermittelt es vielmehr durch seine Klagen aus unfreiwillig verlorener Gewere und gegen den Vertrauensmann.

aa. Die letztere war gegen den gerichtet, welchem ein Gut zu beschränkter Gewere anvertraut worden war, auf Rückgabe aus unrechtmäßig vorenthaltener Gewere. Nach dem Grundsatze „Hand muß Hand wahren" oder „Wo einer seinen Glauben gelassen hat, da soll er ihn wieder suchen" konnte der Eigentümer zwecks Wiedererlangung der Sache nur gegen seinen Gewährsmann, dem er die Sache als Deponent, Verleiher, Auftraggeber usw. anvertraut hatte, klagend vorgehen. Die Rechtsverfolgung gegen einen dritten Inhaber war hier nicht möglich.[2]) Nur der Auktor konnte vom Detentor oder eventuellen Besitzdiener die Rückgabe der Sache beanspruchen.

bb. Die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere ging auch gegen dritte Inhaber auf Herausgabe des Gutes. Sie war anfänglich gleichfalls Strafklage zwecks Diebstahlsverfolgung.[3]) Späterhin nimmt sie zivilrechtlichen Charakter an und steht jedem zu Gebote, der eine Sache persönlich (als wahrende Hand) durch Raub oder Diebstahl („diebliche oder raubliche Gewalt") eingebüßt hat. Im weiteren Lauf der Rechtsentwicklung wurde sie schließlich jedem gegeben, dem ein Gut „wider Willen" abhanden gekommen war, gleichviel, ob es ihm geraubt oder gestohlen worden, ob er es verloren hatte oder ob es ihm sonstwie abhanden gekommen war. Der mit dieser Klage Belangte konnte

[1]) Vgl. auch Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, Bd. II, 1, S. 210.

[2]) Vgl. besonders Gierke, D.Pr.R., II, S. 553, 558.

[3]) Vgl. Gierke, Sachenrecht, II. Bd., S. 553; Giese, S. 15 H. Meyer, Publizitätsprinzip, S. 19 f.

das Begehren des Klägers nur durch den Nachweis eines stärkeren Rechts zur Gewere zurückweisen.[1]) Prozessualische Form der Geltendmachung bildete nach Wahl des Klägers entweder die schlichte Klage oder der Anefang.[2]) Während die erstere lediglich auf Herausgabe der Sache gerichtet war, hatte die Anefangsklage, dem uralten Verfahren der Diebstahlsermittelung durch Spurfolge und Anefang entstammend,[3]) ihren strafrechtlichen Charakter nicht ganz verloren. Mit rechtsförmlichem Anfassen der Sache eingeleitet, erhebt sie zugleich den Vorwurf der Unredlichkeit gegen den Besitzer und zwar nicht subjektiv gegen den gegenwärtigen Besitzer allein, sondern in objektivem Sinne gegen jeden, also auch den Vorbesitzer, der die Sache widerrechtlich entwert hat.[4]) Sie zieht daher für den unterliegenden Teil Buße und Wette nach sich.[5])

Die Fahrnisklage in ihren beiden geschilderten prozessualen Formen gebührt jedem, der die Sache in seiner Gewere gehabt und die Gewere wider Willen verloren hat. Dieser ungewollte Gewereverlust bildet den Klagegrund. Klagt der Eigentümer, so wird vielleicht sein Eigentumsrecht gegenüber einem vom Beklagten behaupteten Recht auf die Gewere im Verlaufe des Rechtsstreits zur Sprache kommen. Den Klagegrund aber bildet auch für ihn nicht sein Eigentumsrecht, sondern der ungewollte Verlust früherer Gewere.[6])

[1]) Die Klage war also trotz des Fundaments bloß früherer Gewere geradezu ein „Anspruch aus dem besseren Recht zum Besitz". Vgl. Stobbe-Lehmann, II, 1, § 92; Gierke, D.Pr.R., S. 556; Giese, S. 15, 18.

[2]) Vgl. bes. Gierke, a. a. Orte, S. 553.

[3]) Vgl. besonders H. Meyer, Publizitätsprinzip, § 8, S. 22 f., insbesondere S. 36.

[4]) Vgl. insbes. Brunner, D.R.G., II, S. 499; Hübner, Immobiliarprozeß, S. 109.

[5]) Vgl. bes. Gierke, D.Pr.R., II, S. 553.

[6]) Vgl. Laband, Vermögensrechtl. Klagen, S. 90, 160 f.; Sohm, S. 60, 61; Bruns, R. d. Bes., S. 288 f.; Heusler, Instit., Bd. I, § 78, S. 389; Pflueger, in d. Jahrb. f. Dogm., Bd. 35, S. 458; Liebezeit, Seite 73.

cc. Die deutsche Fahrnisklage behauptete sich in ihren Grundideen bis in die Zeiten des römisch-gemeinen Rechts. Als am meisten mit ihr verwandt erweisen sich hier die Entwendungs- und Spolienklage.[1]) Die Frage nach dem subjektiven Recht des Klägers ist bei ihnen entsprechend der praktischen Handhabung der älteren Fahrnisklage völlig in den Hintergrund gedrängt. Der Schwerpunkt des Verfahrens liegt vielmehr in der Verteidigung des Beklagten. Dies ist eine Folge der in der Klage enthaltenen Diebstahlspräsumption, welche den Beklagten zwingt, seinen unverdächtigen Erwerb nachzuweisen d. i. seinen Gewähren zu stellen. Der Kläger hat nur den objektiven Tatbestand des furtum zu beweisen, während der Beklagte sich von dem hierdurch gegen ihn sich richtenden Diebstahlsverdachte zu reinigen hat. Diese in der Entwendungs- und Spolienklage des usus modernus auftretende Diebstahlspräsumption ist zweifellos deutschen Ursprunges und die beiden Klagen erweisen sich dadurch als mit der deutschen Fahrnisklage, wie wir sie oben schilderten, nahe verwandt.[2]) Der Rechtsgrund für die Rückforderung von Fahrnis aus dritter Hand war ganz im deutsch-rechtlichen Sinne der unfreiwillige Besitzverlust, nicht etwa, wie im römischen Recht, ein bestimmt geartetes subjektives Recht des

[1]) Die Spolienklage, der exceptio spolii des kanonischen Rechts entstammend, erweiterte bzw. verdrängte das interdictum unde vi und gestaltete sich mit der Zeit zu einem allgemeinen Rechtsmittel behufs Wiedererlangung von unfreiwillig verlorenem Besitz. Delbrück, Dingl. Klage, S. 150 f. und Jahrb. f. Dogm. X, S. 129 f. und Ziebarth S. 262 f., 270 f. behaupten, daß die Spolienklage sich mit der dinglichen Klage des deutschen Rechts decke, indem sie der Spolienklage petitorischen Charakter zuerkennen. Vgl. dagegen Bruns, Besitzklage, S. 212 f.; Stobbe-Lehmann, § 91, Anm. 51; Randa, Besitz, § 7 a, Anm. 45. Nach Gierke, Fahrnisbesitz, S. 47 näherte sie sich der deutsch-rechtlichen Klage aus früherer Gewere an.

[2]) Vgl. Wellspacher, S. 666 f.; Delbrück, S. 147; Dernburg, Pr.Pr.R. I, § 157; Gierke, Fahrnisbes., S. 46 ff.; Stobbe-Lehmann II, 1, S. 241 f. Vgl. ferner unsere Ausführungen oben S. 32, 33, 34.

Klägers. Das römische Recht hat die deutsche Fährnisklage nur insofern zu beeinflussen vermocht, als es den deutsch-rechtlichen Begriff des unfreiwilligen Besitzverlustes veränderte[1]) und dahin wirkte, daß die Klage als Eigentumsklage aufgefaßt wurde, ohne daß man einen Eigentumsbeweis im römischen Sinne verlangte.[2]) Uns interessiert hier ausschließlich der zweite Punkt. Deshalb gehen wir etwas näher auf ihn ein.

Von vornherein abzuweisen ist der Gedanke, daß Kläger sich, wie bei den Römern, allein auf sein Eigentum als das ihm zustehende subjektive Recht stützte. Diese Art der Klagebegründung war den deutschen Juristen, wie wir bereits oben andeuteten, völlig fremd.[3]) Es wird vielmehr außer dem Beweise des Eigentums noch verlangt, daß Kläger den unfreiwilligen Besitzverlust nachweist, damit hierdurch die Möglichkeit ausgeschlossen werde, daß Kläger die Sache selbst verkauft oder sonstwie veräußert habe und so der erforderte Diebstahlsverdacht gegen den Beklagten und dessen Vormänner erregt werde. Dies entnehmen wir unter anderem dem von Carpzov in der Def. 24, I, 16, Jur. for. aufgestellten Grundsatze:

„Non sufficit in Rei vindicatione probari dominium de praeterito, sed de praesenti illud probandum est und begründet diese These folgendermaßen: Quid enim si res, quae vendicatur a domino vendita aliove titulo alienata fuisset? Nempe haud sufficit probari vendicantem

[1]) Dies zeigte sich darin, daß die Unterschlagung anvertrauter Sachen unter die Arten des Diebstahls eingereiht wurde. Bamb. 196; Kar. 170. Vgl. Hälschner, Pr.Str. 3, S. 494.

[2]) Wellspacher, S. 678.

[3]) Vgl. auch H. Meyer, in Festgabe für Dahn, Bd. 3, S. 279 f. „Nicht das nackte Recht des Individuums, das sich in den Stachelpanzer der subjektiven Berechtigung verkriecht und jede Berührung mit der Außenwelt ablehnt, ist das wahre Recht. Sondern das ist Recht, was jeder frank und frei wie ein Schildkleinod zur Schau trägt, kundbar den Volksgenossen, den Markgenossen, den Standesgenossen. Das ist der Grundsatz der Kundbarkeit, das Publizitätsprinzip des deutschen Rechts.“

dominum quondam fuisse: sed probari debet dominium temporis praesentis; si non agens doceat simul rem sibi ablatam, aut casu fortuito ex possessione cecidisse."

Dazu führt Carpzov eine Entscheidung von 1635 an:

„Verba sententiae. Würde Kläger des andern Zeugen . . . . gethane Aussage, vermittels seines leiblichen Eides bestärken und also, daß ihm das streitige Pferd vor dem Jahre auff der Straßen abgeraubet worden, in supplementum schweren, inmaßen er zu tun schuldig; so erscheint daraus und sonsten allenthalben soviel, daß er dasjenige, so ihme zu beweisen obgelegen . . . zur Nothdurft beybracht, derowegen ihm auf solchen Fall das streitige Pferd ohne Entgeld billich abgefolget wird."[1])

Dieser nach der zitierten Entscheidung „zur Notdurft" erbrachte Eigentumsbeweis kann, wie auch Wellspacher[2]) ausführt, unmöglich ein Eigentumsbeweis im römisch-rechtlichen Sinne gewesen sein. Ein solcher konnte es schon deshalb nicht sein, weil man sonst hätte auf die Möglichkeit verzichten müssen, die allgemein herrschenden Grundsätze der Spolienklage heranzuziehen. Auch das hier und da in den Quellen vorkommende Beschwören des Eigentums[3]) kann daher nicht als ein römischer Eigentumsbeweis aufgefaßt werden, ebenso auch nicht der Beweis der „Eigenschaft" in folgenden Stellen:

Nürnberger Reformation von 1498, 29. 2.

„So yemant einich varnuß oder bewigliche hab antastet oder anklaget als geraubt oder gestolen, so mag der innhaber desselben seinen geweren und deßgleichen derselb gewere ein andern geweren auff zimlichen zug des rechten stellen, biß auff den rechten teter oder ur-

---

[1]) Der Ansicht Carpzovs schließen sich ausdrücklich an Brunnemann, Comm. ad l. 23. 6. 1; Müller, add § zu Struv, Synt., E. 11, t. 24. Vgl. ferner Pr.L.R. I, 15, § 1: Der wahre Eigentümer hat das Recht, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist . . . . zurückzufordern.

[2]) S. 674.

[3]) Vgl. Mevius, Jus. Lub. 4 l. 6 und 17; ferner auch 4 l. 9.

haber mit zimlicher messigung ye zutzeiten der geweren und der züge. Und welicher aus ynen dieselben hab für das sein vertrit und zuerfechten vermeinte, bringt dann der ansprecher des diebstals oder raubs die eigenschafft das solichs sein gewesen ist und ym dermassen als er fürgeben hat, geraubt oder gestolen wer worden, so volget ym die billich. Und so der ansprecher beweist das solichs sein gewesen wer, und möcht doch den raub oder diebstal nit beweisen und der innhaber möcht auch seine geweren noch einichen rechtlichen titel oder ankumen auch nit stellen, fürbringen, noch beweisen, das nach bederteil fürprachten dingen zu recht genug wer, so solt dem anklager auff sein beteuerung das er sich des nit enteussert, noch vertzigen habe, darumb glaubt werden und ym dieselb hab volgen.“

Karolina[1]):

207. „Item sodann der cleger beweiset, das dieselbig habe sein und jine Rauplich oder dieplich genommen sey, soll jine die durch Recht zu erkannt Vnnd widderwerden.

208. Bewiese aber ein cleger jin abgemeltem falle, der anspruchigen habe halbeun, die eigenschafft genugsam Vnnd khönnde doch dabei nit beweysenn, daß jine die durch raub oder diepstall enntwendt worden were, vnnd die antwurtter mochten dagegen zu recht genugk nit darbringen, das dieselbig kriegische habe mit gutem Rechtmessigen tittell vonn dem cleger pracht vnd ann sy komenn were, so soll dem clegere vf sein betheurung mit dem eidt — als jine solche gutter geraubt oder gestolenn seienn — geglaubt werdenn Und jine dieselben abermalls jnn massen, alls obsteet, daruff vollgenn.“

Daß diese Bestimmungen ihrem Wesen nach Fälle der deutschen Fahrnisklage sind, wird nirgends angezweifelt.[2])

[1]) Die Bamb. 267, 268 und 268a (Ausgabe von Kohler) stimmt damit überein.

[2]) Vgl. insbes. Meyer, Entwerung, S. 284 ff.; Bruns in Bekkers Jahrb. 4, S. 81 ff.; Delbrück, S. 206 ff.

Wie nun Laband,[1]) Meyer[2]) und ihnen sich anschließend auch Wellspacher[3]) überzeugend ausführen, handelt es sich in diesen Stellen um nichts anderes, als um den Identitätsnachweis des deutschen Rechts, den durch Zeugen oder Eid vom Kläger zu erbringenden Beweis, daß die Sache „sein sei". Jedoch fassen die Redaktoren der Karolina, der Nürnberger Reformation und der Bambergensis diesen Beweis in ihren halb deutsch-, halb römisch-rechtlichen Rechtsanschauungen als Eigentumsbeweis auf und die Klage wird von ihnen als Eigentumsanklage gedacht, ohne es ihrem Wesen nach auch wirklich zu sein. Ein Eigentumsbeweis im römisch-rechtlichen Sinne wird z. B. auch von den alten Kommentatoren der Karolina nicht verlangt.[4]) Die Klage des Eigentümers gegen den dritten Besitzer wurde aber niemals als Spolienklage aufgefaßt.[5]) Die letztere erlangte daher nur in den selteneren Fällen praktische Bedeutung, in denen der Vertrauensmann des Eigentümers die die Klage erhob. Als solche aber konnte sie auch nicht die Merkmale einer Eigentumsklage aufweisen. Sie wirkte vielmehr possessorisch,[6]) deshalb kommt sie für uns hier nicht in Betracht.

Zur Erklärung für das Nebeneinanderstehen des Eigentumsbeweises und des Beweises des unfreiwilligen Besitzverlustes bei der Entwendungsklage wird ferner von Herbert Meyer[7]) der deutsch-rechtliche Satz „Hand soll Hand wahren" herangezogen. Meyer meint, daß der Eigentumsbeweis als einziges Klagefundament wegen des Rechtssatzes „Hand wahre Hand" nicht hätte genügen können und deshalb daneben dem Kläger der Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes

---

[1]) Verm. Kl. S. 108 ff.

[2]) Entwerung, S. 12 ff.

[3]) S. 676.

[4]) Vgl. Delbrück, S. 213 ff.

[5]) Vgl. Wellspacher, S. 674 ff.

[6]) Vgl. z. B. Liebezeit, S. 58; Bruns, Besitzklagen, S. 226 ff.; Gärtner, S 7 ff.

[7]) Entwerung S. 206 ff.

auferlegt worden sei.[1]) Hiergegen führt Wellspacher[2]) mit Recht an, daß schon die von Schwarzenberg verfaßte Nürnberger Reformation den Satz „Hand wahre Hand“ nicht mehr anerkennt, vielmehr die Rückforderung anvertrauten Gutes auch aus dritter Hand ausdrücklich zuläßt.[3]) Der Grund für das Nebeneinanderstehen des Eigentumsbeweises und des Beweises des unfreiwilligen Besitzverlustes ist einfach in der juristischen Denkweise der Deutschen zu suchen. So wie sie von vornherein kein absolutes jedes andere dingliche Recht an der Sache ausschließendes Eigentumsrecht kannten, so stand es ihnen auch fern, eine vindicatio rei im römisch-rechtlichen Sinne in Anwendung zu bringen. Sie nannten die Entwendungsklage zwar eine vindicatio rei furtivae[4]), ohne sie jedoch wie eine römische rei vindicatio zu handhaben. Denn das Fundament der Klage war trotz des in ihr vorkommenden Eigentums- bezw. Identitätsbeweises doch gemäß ihrer engen Verwandtschaft mit der älteren Fahrnisklage des deutschen Rechts der unfreiwillige Besitzverlust. Als römische Eigentumsklage können wir sie daher trotz ihrer Benennung als vindicatio rei furtivae nicht ansehen.

3. Zu seiner Verteidigung hat sich der Beklagte im Immobiliar- und Mobiliarprozeß der älteren Zeit, wie auch bei der Entwendungsklage des Usus modernus[5]) auf seinen

---

[1]) Vgl. auch Bruns in Bekkers Jahrb. 4, S. 81 ff.

[2]) S. 676.

[3]) Tit. 23, 7 und 9.

[4]) Mevius, Ius. Lub. 4, l. 6 u. 17, vgl. auch 4, l. 9.

[5]) Vgl. z. B. Cod. Ther. III, 9. Nr. 200: Sobald aber, als der Gewährsmann die Vertretung des Beklagten auf sich genommen und sich auf die Klage eingelassen, ist der Beklagte von aller weiteren Rechtsverteidigung enthoben und der Verkäufer allein schuldig, in eigenem Namen und auf seine Unkosten den Rechtsstreit auszuführen.

201. Doch stehet ihme die nämliche Befugnis wie dem letzteren Käufer zu, den wider das Gut erhobenen Anspruch anwiederum seinem Gewährsmann, da er einen hätte anzukündigen und dessen Vertretung abzuheischen, also daß sich allemal der nach-

Gewährsmann zu berufen. Durch diesen Zug auf den Gewähren entschlägt er sich selbst des Prozesses und lädt dem Dritten die Verpflichtung auf, statt seiner in den Prozeß einzutreten.

C.

Die Trennung zwischen dinglichen und persönlichen Klagen, die wir im deutschen Recht vermißten, hat sich in Rom ebenso schnell vollzogen, wie die Abstraktion des Eigentums vom Besitz. Besitz[1]) ist die räumliche Nähe einer Person zu einer Sache verbunden mit dem Willen, die Sache für sich zu haben.[2]) Ohne diesen Willen entsteht überhaupt nur ein rechtlich bedeutungsloses Raumverhältnis, das in dieser Arbeit ganz außer Betracht bleibt, so besonders der Besitz der infantes und furiosi,[3]) da diese willensunfähig[4]) sind. Diese besitzen ebensowenig, wie ein Schlafender, der etwas in der Hand hält. Die Römer nannten das Besitzverhältnis mit Besitzwillen possessio naturalis im Gegensatz zu dem durch die fortschreitende

folgende Besitzer des vorhergegangenen zu halten hat. . . . folglich man gleichsam stufenweis bis auf jenen deren vorigen Besitzern gelangen kann, von dessen Besitzzeit der Anspruch eines Dritten hergeleitet wird.

[1]) Possessio von sedere, auf etwas sitzen. fr. 1 pr. de A.P. 41, 2: Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt. (Paulus).

[2]) Über die Beschaffenheit dieses animus possidendi herrscht lebhafter Streit, der wohl hauptsächlich auf die schwankende Ausdrucksweise der Quellen zurückzuführen ist. Vgl. besonders Meischeider, S. 8 f.

[3]) fr. 1, § 3 eod.: Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. (Paulus). fr. 1, § 9 eod.: Ceterum ille per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.

[4]) Ihering, Besitzwille, S. 22 f.

Rechtsentwicklung herausgebildeten Begriff der possessio civilis. Unter dem letzteren verstanden sie entweder ein rechtlich geschütztes Besitzverhältnis[1]) (juristischer Besitz) oder auch ein rechtlich anerkanntes Besitzverhältnis ohne corporalis possessio.[2]) Ob aber Besitz oder bloße Detention vorlag, das entschied, wie Ihering gegen Savigny nachgewiesen hat,[3]) nicht die Art des Besitzwillens, sondern die Rechtsregel.

a. Der Ausdruck „Detention" als technische Bezeichnung für possessio naturalis ist von der gemeinrechtlichen Wissenschaft neu gebildet worden. Doch ist diese Neubildung als ein glücklicher Griff anzusehen, da die Römer unter possessio naturalis sc. tantum naturalis auch die bloße corporalis possessio im Gegensatz zum animo possidere verstanden und man deshalb in den Quellen den wirklichen Sinn erst immer erforschen muß.[4])

[1]) Eigenbesitzer, Pfandgläubiger, Prekarist, Sequester, Emphyteuta, Superfiziar.

[2]) J. IV. 153 (Gajus: Possidere autem videmur non solum, si ipsi possidemus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iure non subjectus sit, qualis est colonus et inquilinus.

[3]) Savigny lehrte in Anlehnung an Paulus l. 3, § 1, D. 41, 2 (Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore), daß der Begriff der possessio, als des mit Interdiktenschutz ausgestatteten „juristischen" Besitzes, durch das Zusammenwirken der beiden Momente corpus und animus bestimmt werde. Und zwar bedeute corpus „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf dieselbe auszuschließen". (Recht des Besitzes, S. 26). Windscheid (I. Bd., § 149, S. 748) lehnt das Erfordernis des animus ab und bezeichnet corpus schlechthin als „tatsächliche Gewalt". Vgl. §§ 854 bis 856 B.G.B. Von den Pandektisten wird im Anschluß an Savigny überwiegend ein „animus domini" gefordert. (Vgl. hierzu Windscheid, I. Bd., § 149 und Endemann B.R., S. 138, Anm. 17), jedoch mit Zulassung gewisser Ausnahmen für die Fälle des „abgeleiteten Besitzes". Über die Beschaffenheit des als 2. Moment geforderten „Besitzwillens" herrscht lebhafter Streit. Vgl. Meischeider, S. 8 f.

[4]) Vgl. Leonhard, Inst., S 252; Endemann, B.R., S. 137, Anm. 13.

1. Der Ursprung des Detentionsbegriffs[1]) ist analog dem germanischen Entwicklungsgange im römischen Hause zu suchen. Hier finden wir die große Mehrzahl der römisch-rechtlichen Inhabungsfälle, die etwa unserer Besitzdienerschaft entsprechen.

Die patria potestas enthielt in älterer Zeit die denkbar größte Fülle von rechtlichen Befugnissen, so daß sämtliche Hausgenossen in einem ausgeprägten pflichtmäßigen Abhängigkeitsverhältnisse gegenüber dem Hausherrn standen. Über die Sklaven und Kinder hatte der pater familias anfangs sogar ein ius vitae ac necis. Auch die uxor in manu galt vor dem Zivilrecht als alieni iuris, als filia familias. In derselben unselbständigen Rechtslage befanden sich ferner die zum Zwecke ihrer Ausbildung oder aus sonst einem Grunde (emancipatio) in das mancipium eines fremden pater familias gegebenen Minderjährigen.

Da sonach sämtliche Hausangehörigen dem Willen des Familienhauptes ohne weiteres zu folgen verpflichtet waren und da alles, was sie erwarben, mit Rechtsnotwendigkeit in den Besitz desselben gelangte, können wir sie hinsichtlich der Sachen, über welche sie Detention ausübten, mit Recht als bloße Willenswerkzeuge ihres Besitzherrn, als Besitzdiener bezeichnen. Die Römer fühlten das selbst heraus, indem sie dem Diener oder der sonstwie abhängigen Person, die sich, wenn auch nur aus Rücksichten des Anstandes, den Weisungen eines anderen unterstellte und in seiner Anwesenheit die tatsächliche Herrschaft über die Sachen dieses anderen, des Besitzherrn, ausübte, sogar die possessio naturalis wegen mangelnden rechtlichen Bedürfnisses aberkannten,[2]) so daß solche Inhaber (z. B. der

---

[1]) v. Ihering, Besitzwille, S. 98 f., insbes. S. 103, vgl. S. 505.

[2]) Ähnlich R. Leonhard, Inst., S. 252. Vgl. auch F. Leonhards „Vertretung beim Fahrniserwerb," S. 65. „Der Herr, der unter seinen Augen, unter seiner Aufsicht einen anderen die Sache tragen läßt, behält eben dadurch die Gewalt darüber in der Hand," bleibt unmittelbarer Besitzer. Daß die Römer dieselbe Ansicht vertreten, ergibt deutlich d. 41, 2 de acq. vel a p. l. 1, § 21.

Diener, der in Begleitung seines Herrn dessen Mantel trägt) nur eine rechtlich ganz bedeutungslose possessio corporalis ausübten.

Die Hausgenossen waren auf Grund ihrer Abhängigkeit im Prinzip auch nicht prozeßfähig. Ein Eigentumsanspruch konnte also gegen sie nicht geltend gemacht werden. Erst in späterer Zeit wurden hiervon Ausnahmen gemacht, weil mit dem Schwinden der patriarchalischen Zustände eine fühlbare Lockerung des Familienverbandes eintrat: Die Manusehe verwandelte sich in die freie Ehe, in der die Gattin außerhalb der Familie des Mannes stand und nach neuerem römischen und gemeinem Rechte die volle Befugnis zur eigenen Rechtsverfolgung besaß. Die Vertretung des filius familias wurde dem Vater hinsichtlich des peculium adventicium regulare, des adventicium irregulare und des peculium castrense und quasi castrense entzogen. Sogar die Sklaven erlangten durch Verleihung von Pekulien eine gewisse Selbständigkeit und eigene Verpflichtungsbefugnis in Höhe ihres Pekuliums.[1])

Es folgt aus alledem, daß solche freier gestellte Hausangehörige unter denselben einschränkenden Bedingungen, wie es im folgenden von den freien außerhalb des Hauses stehenden Personen geschildert werden wird, möglicherweise auch einmal als Inhaber im Sinne von § 855 B.G.B. die Abwehr eines Eigentumsanspruches übernehmen konnten.

Hier wird in Anwesenheit des Herrn dem Prokurator etwas übergeben. Dadurch wird der Herr unmittelbar Besitzer, nicht erst durch Vermittlung des Prokurators.

[1]) l. 8. pr. C. 6,61: Cum non solum in maternis rebus, quae filiis familias deferuntur, sed etiam de aliis omnibus, quae adquisitionem effugiunt, et maxime post novellam nostri numinis legam, que omnia quae extrinsecus ad filios familias perveninut et non ex paterna substantia, non esse adquirenda patribus statuit, nisi tantummodo ad usum fructum, variae altercationes exortae sunt — et semper in iudiciis versantur, necesse est, utiliter et apertissime omnia dirimere.

2. Gegen bloß momentane Detentoren[1]) war aus denselben natürlichen Gründen wie im deutschen Recht eine Eigentumsklage ausgeschlossen. Denn es wäre absurd, z. B. eine rei vindicatio gegen einen Begleiter, dem jemand einen kostbaren Ring zur Ansicht in die Hand gibt, in Beziehung auf diesen Gegenstand für zulässig zu erachten. Die richtige Norm ergibt sich für solche Fälle aus der Sitte und Rechtsüberzeugung des Volkes. Erst das praktische Bedürfnis verlangt Rechtsfolgen.

3. Nicht so bestimmt läßt sich die Möglichkeit eines Eigentumsanspruches gegen prokuratorische Detentoren, soweit sie unseren Besitzdienern entsprechen, in Abrede stellen. Die Römer zählten zu dieser Detentionsart auch das depositum, mandatum und die locatio conductio operarum sive operis. (Letztere deshalb, weil ihnen das Interesse des die Arbeit Ausführenden als nebensächlich galt, weil Sklaven oder Freigelassene die Arbeit zu verrichten pflegten. So verhielt es sich auch mit dem deutschen Handwerker der älteren Zeit, s. o. S. 26 f. Und auch jetzt gilt z. B. ein Dienstmann als prokuratorischer Besitzdiener, wenn er meinen Koffer zur Bahn trägt.) Juristischer Besitz wurde für alle

[1]) Als Detentoren haben sie ebenso wie die Hausgenossen zu gelten. Pininski, II, S. 252 f. nimmt bei moment. Det. überhaupt kein Detentionsverhältnis an. Hiergegen stellt Ihering (Besitzwille) mit Recht die Frage, als was man sie denn sonst zu bezeichnen hätte. Naturalis possessio kommt ihnen freilich nicht zu (vgl. Leonhard, Inst., S. 252, wo sogar dem Diener, der den Mantel trägt und dem Gast über die Sachen seines Gastgebers gleichfalls die poss. naturalis aberkannt wird). Aber als Detentoren im weiteren Sinne unter Benutzung dieses neueren gemeinrechtlichen Ausdrucks können wir sie ohne weiteres bezeichnen ohne Gefahr eines Mißverständnisses. Denn sie haben ja Besitzwillen, wie auch die Besitzdiener. Würde man ihnen freilich auch den Besitzwillen aberkennen, dann wären sie den furiosi, infantes und Schlafenden gleichzustellen und als bloße corp. poss. zu bezeichnen.

Daß auch bei Besitzdienern ein bestimmter Besitzwille (ein animus rem sibi habendi) noch gefordert werden muß, darüber vgl. z. B. Wendt im Arch. f. ziv. Praxis, 87, S. 42.

diese Besitzarten infolge der eigentümlich römischen das absolute Eigentum einseitig begünstigenden Rechtspolitik nicht angenommen.

Ob aber unter den prokuratorischen Detentionen auch bloße Besitzdienerschaften denkbar waren, das läßt sich unschwer als durchaus möglich nachweisen,[1]) schon deshalb weil es ein absolutes Zeitmaß und auch sonst eine feste Norm zur Trennung des rechtlich fixierten und zu besonderen Rechtsinstituten gestalteten Naturalbesitzes (mandatum, depositum usw.) und dem naturaliter possidere im allgemeinen Sinne, dem in possessione esse, abgesehen vom Besitzwillen (ohne den nur ein Raumverhältnis vorliegt), nicht gab. Ob ich z. B. meinen Mantel $^1/_4$ Stunde oder einen ganzen Tag deponieren mußte, um ein depositum zu begründen, dafür gab es im römischen und gemeinen Recht ebensowenig eine Bestimmung, wie jetzt z. B. für die Auseinanderhaltung von Verwahrung und bloßer Besitzdienerschaft oder, ganz allgemein gesprochen, von den unter § 868 und den unter § 855 B.G.B. fallenden Tatbeständen. Die größere Abhängigkeit und Pflicht zur Befolgung des Willens des Besitzherrn, die kürzere Zeit, die mangelnde rechtliche Normierung und geringere Rechtswirksamkeit, sowie das allgemeine Verkehrsinteresse werden auch die Rechtssprechung in den Zeiten des römischen und gemeinen Rechts veranlaßt haben, im einzelnen rechtlich unerhebliche Besitzverhältnisse anzunehmen, wie sie unser § 855 zu umschreiben sucht. Doch blieb die Grenze streitig.

4. Ganz dasselbe galt von den selbstnützigen Detentoren. Auch für diese hatten sich im römischen Recht zeitig bestimmte Rechtsinstitute herausgebildet, die zur Vergleichung mit unserer Besitzdienerschaft von vornherein außer Betracht

[1]) Glichen doch die prok. Detentoren dadurch, daß sie eine „Sache lediglich im Interesse des Besitzers inne haben wollten“ (Ihering, Besitzwille, S. 2) den vielgenannten „Prokuratoren“ der römischen Quellen, von denen Celsus in l. 18, pr. Dig. 41, 2 sagt: procurator alienae possessioni praestat ministerium, entsprechend also dem heutigen Besitzdiener nach § 855.

bleiben müssen; es sind dies besonders die Leihe, die Miete, die Pacht und das Prekarium.[1]) Das letztere aber war ein besonders dehnbares Rechtsverhältnis. Es konnte dem Prekaristen sowohl Besitz, als auch rechtlich normierte Detention oder nicht einmal diese, sondern ein bloßes in possessione esse als Detention mit unserer oben S. 45 Anm. 1 angegebenen allgemeineren Fassung des Begriffs als „unvollständiges Prekarium“[2]) gewähren, welch letzteres wir ohne weiteres mit unserer Besitzdienerschaft vergleichen können. Besitz hatte der Prekarist z. B. nach folgender Stelle: „Meminisse antem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere“ (4, 1 D. 43, 6), keinen Besitz aber in folgender: „Is qui rogavit, ut in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet.“ (6,2 D. h. t.)

Ob ein precarium vorliegen sollte oder ein bloß unvollständiges prekaristisches Verhältnis, wird sich nach der Absicht der Parteien gerichtet haben, je nachdem dem rogans die Benutzung der Sache als „Recht“ übertragen, d. h. ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden sollte oder nicht. Ob indessen der Laie in jedem Falle diese Unterscheidung machen konnte, war ihm selbst bei der juristischen Denkart der Römer nicht immer zuzutrauen. Trotzdem war hier die Parteiabsicht der einzige Maßstab, an den man sich halten konnte. Denn daß z. B. der Konzedent mit der Hingabe einer Ackerparzelle einen anderen wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolg beabsichtige, als der Konzedent eines Zimmers zur bloß kurze Zeit währenden Bewohnung durch seinen Gast, das muß jedem einleuchten. Immerhin aber sind hier die Grenzen ebenso flüssige gewesen, wie bei unserer Unterscheidung des Besitzmittlers vom bloßen Besitzdiener. Wir begegnen also hier dem römischen Rechtsinstitut (im gemeinen Recht kam es nur noch vereinzelt

[1]) Colsmann, S. 5, 6 f.

[2]) Colsmann, S. 26 f.

vor),[1]) bei dem am allerehesten ein bloßer Besitzdiener, weil er sich für einen passivlegitimierten Detentor hielt, als Beklagter in einem Eigentumsprozesse auftreten konnte; ebenso, wie dies jetzt ein Leiher, der dem römischen Prekaristen am meisten entspricht, tun dürfte. Zur Behebung von Zweifeln, ob jemand als Prekarist oder nudus possessor naturalis zu gelten habe, finden sich Stellen im Corpus Iuris, so fr. 15 § 1 de prec. 43, 26 (Pomponis): Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt non intelleguntur precario habitare, während in einer Stelle des Kodex ein solches prekaristisches Wohnungsrecht anerkannt wird:

1. 2. C. 8, 9: Habitantés precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifeste declaratur. Ferner heißt es in fr. 2, § 3 h. t.: Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est. Also nur, wenn possessio corporis vel juris zur Entstehung gelangte, wollten die Römer ein precarium annehmen. Die „rechtlich bedeutungslosen Liberalitäten des täglichen Lebens“[2]) sollten, wie man hieraus indirekt schließen kann, kein precarium mehr bilden. Doch ist damit die Grenze, wie bei den anderen selbstnützigen Detentionsverhältnissen, nicht festgelegt.

Ziehen wir das Gesamtresultat aus dem Bisherigen, so ergibt sich, daß die häuslichen Inhaber, soweit sie durch das Oberhaupt der Familie vertreten wurden, sowie die momentanen Detentoren, niemals mit einer Eigentumsklage verfolgt werden konnten. Die Träger von Besitzverhältnissen aber, welche auf der Grenze lagen zwischen den als besondere Rechtsinstitute gesetzlich normierten und den als bloße possessio naturalis ohne gesetzliche Normierung erscheinenden Detentionen, soweit sie nach unseren obigen

[1]) Vgl. Kritz, S. 184. „Was das römische Recht unter der Rubrik de precario enthält, ist kein heutigen Tages mehr praktisches Recht.“ Schon im justinischen Recht soll seine Anwendung eine beschränkte gewesen sein. Siehe über alles dies Colsmann, S. 16 ff.

[2]) Colsmann, S. 6.

Erörterungen der modernen Besitzdienerschaft entsprachen, konnten sehr wohl für solche Klagen als passivlegitimiert in Betracht kommen, soweit überhaupt eine Eigentumsklage gegen bloße Detentoren zulässig war, worüber im folgenden zu handeln ist.

b. Entsprechend der zeitigen Trennung des Eigentumsbegriffes vom bloßen Besitz schieden die Römer die petitorischen Klagen streng von den possessorischen. Sie gingen hinsichtlich der Charakterisierung der einzelnen actiones stets vom Klagegrunde aus (jede lex hatte eine actio), nicht, wie die Deutschen, vom Klagezweck. Analog der begrifflichen Unbeschränktheit des Eigentums galt ihnen als die wichtigste aller Aktionen die rei vindicatio. Um dem Kläger den Eigentumsbeweis[1]) zu erleichtern, wurde etwa i. J. 69 v. Chr. (angeblich vom Prätor Publicius) die auf den Ersitzungsbesitz sich gründende Publiciana in rem actio eingeführt. Gegen bloße Störungen seines Rechts stand dem Eigentümer die negatoria in rem actio zur Seite. Diese drei Klagen bildeten die Haupttypen unter den gerichtlich geltend zu machenden Eigentumsansprüchen. Die anderen aus dem Eigentume oder aus den dem Eigentum gleichgestellten Rechtsinstituten sich ergebenden Klagen werden daher erst am Ende des folgenden Abschnitts zusammen unter No. 4 Erwähnung finden.

[1]) Diesen konnte der Kläger, sofern er das Eigentum durch Übertragung erworben hatte (nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet), nur durch Darlegung eines vollgültigen Erwerbsaktes und des Eigentums seiner Vormänner führen. Da die Usukapion mit ihren überaus kurzen Fristen wesentliche Erleichterung schaffte, gelangte den Römern die praktische Schwierigkeit dieses Beweises, den man, wie Wendt dargetan hat, seit Augustin von Leyser als probatio diabolica kennzeichnete, weniger zum Bewußtsein. Zur Beseitigung etwaiger Härten mag auch das freie Befinden des iudex viel beigetragen haben. Vgl. Wendt, Arch. f. d. Ziv. Pr., Bd. 76, S. 397; Puchta, Inst. II, § 233, S. 173; Bruns, Jahrb. d. gem. R., Bd. IV, S. 8 f.; Erman, Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. XIII, S. 178; Lenel, Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. XX, S. 29, 30.

[2]) Vgl. Dernburg, Pandekten, 1. Bd., S. 522 f.

1. Hinsichtlich der rei vindicatio beschränken wir uns zunächst auf den

aa. Nachweis der Möglichkeit ihrer gerichtlichen Geltendmachung von Seiten Dritter gegen einen unter § 855 fallenden Detentor.

α. In älterer Zeit war die rei vindicatio die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den Besitzer der Sache, der sich als Eigenbesitzer gleichfalls Eigentum an derselben zuschrieb, auf deren Herausgabe.[1])

Erforderlich war auf Seiten des Beklagten also possessio civilis mit dem Willen, gleichfalls Eigentümer zu sein. Daher wurde die vindicatio sacramenti des Klägers durch eine contravindicatio des Beklagten erwidert. Die vindicatio war sonach doppelseitig und mit symbolischer Betätigung der Herrschaft verbunden.[2]) Sie erforderte Rechtsbehauptung und Rechtsausübung ebenso vom Kläger wie vom Beklagten in beider Gegenwart. Es konnte also unmöglich ein bloßer possessor naturalis und auch kein heutiger Besitzdiener Prozeßpartei sein. Der Detentor war meist auf Grund seines Vertragsverhältnisses dem Auktor zur Benachrichtigung verpflichtet, damit dieser den Prozeß übernehme.

Für die einfachen bäuerlichen Verhältnisse Alt-Roms lag in dieser Verfahrensart nichts Nachteiliges, da in der Regel der Eigentümer der beanspruchten Sache bald zur Stelle war.

β. Mit der schnell steigenden wirtschaftlichen Entwicklung des zum Weltreich sich auswachsenden Staates mußten aber im Interesse der schnellen Abwicklung von Prozessen und der allgemeinen Verkehrssicherheit bald auch für den Streit um Eigentum Änderungen getroffen werden. Hierfür sorgte das Formularverfahren des Prätors. Die Eigentumsklage wurde unter seiner Hand eine einseitige. Nur der Kläger brauchte Eigentum an dem beanspruchten mobile oder immobile, zwischen denen das römische Recht

[1]) Wurde dem siegenden Kläger die Herausgabe verweigert, so trat Geldkondemnation ein (actio arbitraria).

[2]) Vindicatio von vis und dico.

fast keinen Unterschied machte, zu behaupten und zu beweisen. Der Beklagte war allein durch seinen Besitz passiv legitimiert, noch nicht aber durch seine bloße Detention. Dieser Übergang der älteren strengen zur jüngeren freien Prozeßform bezeugt uns der Jurist Pegasus (unter Vespasianus) in fr. 9 de R. V. 6, 1, wo seine Meinung von Ulpianus zitiert wird. Letzterer sagt dort: . . . Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Deniqui (ait) ab eo, apud quem res deposita sit, vel commadata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse.

Hiernach konnte schon der juristische Besitzer (der Interdiktenschutz genoß) die Beklagtenrolle übernehmen. Eigentum brauchte der passive Teil für sich nicht mehr zu beanspruchen. Für einen bloßen Detentor aber (apud quem res deposita sit, vel commodata usw.), oder gar für einen Besitzdiener ist noch keine Passivlegitimation anerkannt.

γ. Diesen weiteren Schritt tat erst Ulpianus[1]) in libro sexto decimo ad edictum (fr. 9 cit.), wo er seine viel freiere Auffassung dieser wichtigen prozessualischen Frage der nach zwei bis drei Menschenaltern (Pegasus unter Vespasianus. 69—79 n. Chr. — Ulpianus geb. um 170 n. Chr.) schon veralteten Ansicht des Pegasus mit großer Entschiedenheit entgegenhält und zwar wahrscheinlich auf Grund eines allgemein sich geltend machenden Gewohnheitsrechts. Er sagt: „Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem neam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. . . . . Ansicht des

[1]) Emmingshaus, Ztschr. f. Z.R. und Pr., Bd. 18, N.F. S. 427 f., S. 434, 445, 447, 448; Schmid, Handb. d. gem. deutsch. Z.Pr., I, S. 167 f.; Wirsing, Nominatio auctoris S. 14 f. u. a.

Pegasus s. oben S. 51 . . . . . puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.[1])

Die letzten Worte dieser Stelle sprechen mit solcher Bestimmtheit von der Fähigkeit des Detentors und somit eventuell auch eines bloßen Besitzdieners, die Beklagtenrolle zu übernehmen, daß man sich, um ihren Sinn mit den Aussprüchen früherer römischer Juristen in Einklang zu bringen, nur mit Interpolationen helfen könnte. Das haben auch manche versucht, indem sie lasen „nec habent restituendi facultatem, peti non posse". Doch hat man dagegen schon zeitig und mit Recht Stellung genommen.[2])

Wichtig für uns ist nun die Frage, ob der Detentor als fictus possessor, qui liti se obtulit zu gelten hatte, falls er sich auf den Streit einließ. Diese Annahme einer ficta possessio würde dem Sinne der l. 9 cit. gänzlich widersprechen. Ulpian wollte ein für allemal festsetzen, daß der Vindikant, weil es eben oft schwierig und zeitraubend, sowie wegen der möglichen Usukapion auch gefährlich gewesen wäre, erst den juristischen resp. Interdiktenbesitzer zu suchen und vor Gericht zu rufen, einfach jeden sollte belangen können, der die Sache, rein äußerlich genommen, in seiner Gewalt hatte und so in der Lage war, sie ihm zu restituieren. Ob er nun die Sache für sich oder für einen anderen besaß, das sollte nunmehr gleichgültig sein. „Nec ad rem potinebit, ex qua causa possideat (fr. 9 cit.)." Ließ sich der Inhaber, ohne mittels der ihm nach fr. 9 an die Hand gegebenen exceptio (. . qui non objecit aliquam exceptionem . .) auf seine bloße Inhabung hinzuweisen, auf die Klage ein, so war er hiermit ein wirklich legitimierter Beklagter, weil er ja als Detentor zu denen gehörte, qui tenent et habent restituendi facultatem, nicht

[1]) Auch die Bas. haben die Schlußworte Ulpians in l. 9 cit. „καὶ πᾶς νεμόμενος καὶ δυνάμενος ἀποκαταστῆσαι, ἐνάγεται τῇ περὶ πραγμάτων ἀγωγῇ." Libr. XII, Tit. I, cap. 9.

[2]) z. B. Siegm. Jauch, Medit. criticae, pag. 18. (Abgedruckt bei Schmid, Handb. d. gem. D.Z.Pr., S. 167 ff.)

aber ein fictus possessor, der die für die jeweilig gegen ihn angestrengte Klage erforderliche Besitzart, sei es nun civilis oder naturalis possessio, überhaupt nicht ausüben durfte. Der Detentor konnte nur dann als fictus possessor auftreten, wenn er, nachdem die litis contestatio bereits vollzogen war,[1]) die Streitsache dem auctor während des Prozesses zurückgab. Die praktische Folge wäre die gewesen, daß er dann nicht zur Herausgabe der Sache (denn diese konnte er ja nicht mehr restituieren), sondern zur Zahlung der litis aestimatio als Strafe für seinen dolus zu verurteilen gewesen wäre.[2])

Die gegenteilige Beantwortung dieser Frage in dem Sinne, daß stets eine ficta possessio anzunehmen sei, sobald ein Detentor den Streit übernehme, wäre für uns deshalb von Bedeutung, weil dann der Inhaber, wie Glück[3]) und andere[4]) auch wirklich annehmen, mit der Einlassung auf die Streitsache als wirklicher Besitzer, wenngleich nur fiktiv, zu gelten hätte. Denn in fr. 13 § 13 de her. pet. heißt es unter anderem: „omnem qui so offert petitioni, quasi possidentem teneri", sodaß dann eine Eigentumsklage gegen einen bloßen detentor wohl praktisch möglich war, in der Theorie aber gegen ihn lediglich in seiner Eigenschaft als fictus possessor für anstellbar erachtet wurde. Dann wäre

---

[1]) Vor der litis contestatio konnte er überhaupt nicht liti se offerre. Dies ergibt sich aus fr. 25 de R. V. 6, 1: „Is, qui se optulit rei defensioni sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset; quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est: sed hoc post litem contestatam. ceterum ante indicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret; nec videtur se liti optulisse, qui discessit.

[2]) Vgl. Windscheid, 1. Bd., S. 987, Anm. 8.

[3]) Kom. VIII, S. 198.

[4]) Seuffert, Hdbch. d. Z.Pr., II. Kap, VIII, § 3, S. 311; Martin, Vorl. üb. d. gem. bürg. Prozeß, Bd. I, S. 478 f., Note 8; v. Grolmann, Theorie d. ger. Verfahrens, 5. Ausg., § 159, S. 236 Note *).

es aber nicht recht verständlich, warum Ulpian so großen Nachdruck auf den Gegensatz zwischen seiner Meinung und der des Pegasus legt und in l. 9 cit. ausdrücklich betont, daß er (von dem Erfordernis des Besitzes absehend) jeden, qui tenet et habet restituendi facultatem, für passiv legitimiert halte.[1])

δ. Die Neuerung sollte eine allen Beteiligten zugute kommende sei. Dennoch barg sie einen erheblichen Mangel in sich.[2]) Denn es war auf Grund der bestehenden Gesetze nunmehr möglich, daß der Detentor trotz mangelnden Interesses an der ganzen Sache die Beklagtenrolle zu übernehmen hatte, weil er sonst die Regreßansprüche von seiten seines Auktors befürchten mußte. Der letztere konnte ja verreist oder krank sein oder als Offizier im Felde stehen. Nach dem Wortlaut von fr. 9 cit. war der Detentor trotzdem entweder dem Vindikanten zur Einlassung auf die Klage verbunden oder, bediente er sich der dort gewährten exceptio, dem auctor wegen mangelnder Sorgfalt oder aus dem obligatorischen Verhältnis regreßpflichtig. Wollte er also keinen materiellen Schaden erleiden, mußte er, trotz mangelnden Interesses, sich auf den Prozeß einlassen, für den er vielleicht nicht einmal sämtliche Beweismittel bei der Hand hatte.

Um diesen Übelständen abzuhelfen, erließ Kaiser Konstantin die für die Geschichte unserer heutigen Streitverkündung (§ 72 f. Z.P.O., bes. § 76 Z.P.O.) bedeutsame c. 2. ubi in rem actio 3, 19: Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a iudice definiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in

[1]) Vgl. insbesondere Emminghaus im Arch. f. prakt. Rechtsw., N. F., Bd. V, S. 133 ff. und in Ztschr. f. Z.R. und Pr., Bd. XVIII, N. F., S. 447 ff.

[2]) Wirsing, S. 22, 23 f.

loca, in quibus praedium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat.[1])[2])

Hiernach sollte ein jeder, der auf irgend eine Weise im Namen eines anderen eine unbewegliche Sache besaß, sofort bei Gericht seinen Auktor benennen, falls er in Beziehung auf die Sache mit einer dinglichen Klage belangt würde. Aus der Wendung „debet statim" haben nun viele eine Verpflichtung[3]) für den detentor zur nominatio auctoris herausgelesen. Würde diese Annahme zutreffen, so wären wir wiederum auf dem alten Standpunkte angelangt, daß nämlich eine actio in rem und somit auch eine rei vindicatio gegen einen bloßen Detentor eben infolge dieser Verpflichtung praktisch nicht zulässig war, jedenfalls nicht in seiner Eigenschaft als Detentor. Doch kann man sich aus guten Gründen der gegenteiligen Ansicht anschließen, wonach dem Detentor hiermit nur die Befugnis eingeräumt wurde, seinen Auktor zu benennen.[4]) Denn aus der Wendung „debet statim dominum nominare" ist eigentlich nur soviel mit Sicherheit herauszulesen, daß nach

---

[1]) Der übrige Teil der constitutio lautet: Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est, facere maluerit: tam quam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata, iudex, utpote domino possessionis, nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare carebit: et tunc in eadem voluntate eo permanente, negotium summatim discutiens in possessionem verum actorem mitti non differet: omni allegatione absenti de primipali quaestione servata."

[2]) cf. c. ult. § 7 X 2, 6.

[3]) z. B. Wirsing, S. 34. Anders Linde, Abhandlungen aus dem deutschen gem. Z.Pr. Bd. I, Abh. IV, S. 132; Flach, S. 158 f.; Emminghaus im Archiv f. praktische Rechtswissenschaft, N. F. V. S. 132 ff.

[4]) Emminghaus, Zeitschr. f. Z.R. u. Pr. N.F. XVIII, S. 445 f. Vgl. auch die Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts zu Jena aus dem Jahre 1852, in Seufferts Archiv, Bd. VI, No. 265, S. 380.

Konstantins Absicht die Nomination, falls der Beklagte sich derselben überhaupt bedienen wollte, sofort beim Beginn des Prozesses bewirkt werden sollte, damit hierdurch einer wahrscheinlich vor Erlaß dieser constitutio recht häufigen Schikane des Gegners, welcher durch verspätete nominatio den Prozeß zugunsten des Auktors zu verschleppen gedachte, vorgebeugt werde. Zudem findet sich das Wort „debet" in zahlreichen Gesetzesstellen in der gleichen Bedeutung, wie der die bloße facultas bezeichnende Ausdruck „potest". Wäre Beklagter gezwungen, zu nominieren, dann könnte die nominatio auctoris auch nicht als Einrede gelten. Für eine solche wird sie aber von der jetzt herrschenden Meinung gehalten. Unzutreffend ist auch eine weitere Doktrin,[1]) daß der alieno nomine possidens unter allen Umständen und schlechthin genötigt gewesen sei, den Eigentumsstreit mit dem Kläger auszutragen, weil auch der Besitzer auf fremden Namen facultatem restituendi habe, folglich der richtige Beklagte wäre. Dann erschiene ja die Einführung der nominatio actoris als zwecklos. Leugnete der Detentor seinen juristischen Besitz und nannte dann trotzdem nicht seinen Auktor, so galt er zur Strafe seines Ungehorsams einfach als juristischer Besitzer „quia silentio suo praetorum contemnere videtur" oder weil er sich freiwillig auf den Rechtsstreit eingelassen hat. (So auch v. Branchü, Observationes ad ius Rom. Cap. 15, p. 97).

Daß endlich die Regeln über die nominatio auctoris nicht nur für Immobiliarprozesse zu gelten haben, (. . . possidens immobilem rem . . .) sondern auch auf den Besitz beweglicher Sachen auszudehnen sind, wird von der Praxis und in der Wissenschaft allgemein anerkannt.[2])

[1]) Vertreten von v. Vangerow, Pand. Vorl. I, § 332, Anm. 3; Endemann, D.Z.Pr.R., § 78, Note 7; Briegleb, S. 279 und Wetzell, System des ord. Zivilprozesses, 2. Ausg., § 7, Note 39.

[2]) Glück, Kom. VIII, S. 199; Mittermaier, Arch. f. D.Z.Pr. III, S. 404; Linde, Abh. a. d. deutschen gem. Z.Pr. I, Abh. IV, S. 134; Dernburg, Pand., I. Bd., S. 527 f.

Wir sehen, daß die rei vindicatio von seiten eines Dritten gegen einen bloßen Besitzdiener, soweit er nach unseren obigen Erörterungen als Detentor auftreten konnte, seit Ulpiom als ohne weiteres zulässig zu gelten hatte.

bb. Wenn sich nun aber der Besitzherr selbst dieser Klage gegen seinen Detentor bedienen wollte? Ist dieser Fall ausgeschlossen oder nicht?

Wir kommen hier auf eine Streitfrage, in der auch der berühmte „unus casus" aus § 2 J. de act. 4, 6 eine Rolle spielt.

Dernburg (Pand. I § 224 Anm. 9) meint, eine solche rei vindicatio werde praktisch nicht vorkommen, „da es der ungeschickteste Weg wäre, wenn der Kläger gegen seinen Detentor mit der Eigentumsklage vorginge, statt sein Recht gegen ihn possessorisch zu verfolgen". Doch gibt er die Möglichkeit einer solchen Klage zu, während Zimmermann[1]) im Streit gegen die von Fritz, im Bd. 18 N. F., S. 457 ff., Zeitschr. für Z.R. und Pr. über den unus casus vertretene Ansicht ihre direkte Unmöglichkeit behauptet. Scheinbar ist er hierin im Recht, denn auf Grund seines ius personale kann der possessor naturalis die durch die rei vindicatio beanspruchte Zurückgabe der Sache, wenngleich nur auf Zeit, verweigern (z. B. wegen gemachter Aufwendungen).

Aber es sind sehr wohl Tatbestände denkbar, wo der Detentor seinem petitorisch klagenden Auktor zur sofortigen Herausgabe verpflichtet ist. In einem von Fritz (cit. S. 463) erwähnten Falle befindet sich z. B. der Kläger in der Lage, die gegnerische exceptio durch eine replicatio zu entkräften. Fritz stützt sich hierbei auf fr. 7 pr. usufr. quemadm. caveat 7, 9 (Ulpianus): Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit: Durch die von seiten

[1]) Zeitschr. f. Z.R. und Pr., N.F., XI, S. 267 f.

des Erben auf den Mangel der erforderlichen Kautionsstellung gegründete replicatio wird hier die exceptio des Usufruktuars unwirksam.

Ferner können sogar Ausnahmen von der allerdings bestehenden Regel vorkommen, daß die possessorischen Rechtsmittel der viel schwerer durchführbaren Eigentumsklage vorzuziehen seien. Der Fall kann gewiß auch so liegen, daß sich das Eigentum viel leichter nachweisen läßt als das nebenbei noch bestehende Obligationsverhältnis: Nehmen wir an, ein Römer kauft sich in Neapel eine kostbare Vase unter Entgegennahme einer Quittungsurkunde, geht dann ins Theater und hinterlegt dort das Kunstwerk, wiederum gegen Empfangnahme eines Ausweises. Nach beendeter Vorstellung konstatiert er den Verlust des letzteren, worauf hin ihm die Herausgabe der Vase verweigert wird: Eine rei vindicatio, bei der der Eigentumsnachweis durch Vorlegung der Quittungsurkunde leicht zu erbringen ist, wird ihn am sichersten und schnellsten aus der Verlegenheit befreit haben.

In Rom wird diese rei vindicatio in vielen Fällen auch deshalb ratsam gewesen sein, weil bei ihr, wenn es der Kläger vorzog, die Naturalrestitution, entgegen der früheren Geldkondemnation (actio arbitraria), in der Kaiserzeit mit Gewalt erzwungen werden konnte. Denn bei Ulpianus libro quinquagensimo primo ad edictum heißt es: Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit.[1])

[1]) Man hat diese Möglichkeit eines Eigentumsprozesses zwischen auctor und detentor schon zeitig (cf. die Glosse neget rem actoris esse zu § 2 J. de act. 4, 6: Landsberg, Glosse S. 274) mit dem viel umstrittenen „unus casus“ der controversiae rerum corporalium, in dem qui possidet, nihilo minus actoris partes obtinet (§ 2 I., de act. 4, 6) in Verbindung gebracht, indem man in diesem „einen Fall“ die Eigentumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinierenden possessor naturalis erblicken wollte. Uns auf die vielen anderen Kombinationen

2. In demselben Buche der Digesten, in welchem die rei vindicatio behandelt wird, finden sich auch, als zweiter Abschnitt sich anschließend, die Bestimmungen über die Klage des redlichen Erwerbers, die actio in rem Publiciana.[1]) Nicht nur ihre Stellung in den Pandekten, sondern auch ihr Zweck weisen auf ihr enge Verwandtschaft mit der rei vindicatio hin. Sie sollte den redlichen titulierten Erwerber, der noch nicht usukapiert hatte, dem Eigentümer gleichstellen.

Nur hinsichtlich des Klagefundaments also unterschied sich diese neue actio von der alten. Hier dominium ex iure Quiritium, dort usukapionsfähiger Besitz. Hier ein absolutes Recht, dort nur ein relatives, ein Herausgabeanspruch gegen die allein, welche mit weniger Recht besaßen.[2]) Passiv legitimiert war also in der Regel jeder Besitzer, in dessen Person nicht gleichfalls die Voraussetzungen der actio Publiciana begründet waren.

Im übrigen aber sollten alle für die rei vindicatio geltenden Normen auch auf die Publiciana Anwendung finden. Deshalb sagte man: „Publiciana actio ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit". (l 7 § 6 D. 6, 2) und: „In Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus (l 7 § 8 D. 6, 2).

---

näher einzulassen, gehört jedoch nicht in den Rahmen dieser Aufgabe. Die obige uns noch am natürlichsten erscheinende Vermutung leidet nur an dem Mangel, daß sie einen juristischen Besitzer ohne corporalis possessio als Kläger annimmt, während in § 2 I. cit. unter dem „qui possidet" wohl eher ein unmittelbarer körperlicher Besitzer gemeint ist. Man wird sich deshalb am ehesten der Ansicht Dernburgs (Pand. I, § 224, Anm. 9) anschließen können, welcher auf Grund einer einleuchtenden Interpretation dieser Institutionsstelle einfach die in derselben angeführte Negatorienklage unter diesem „einen Fall" verstanden wissen will. (Ebenso R. Leonhard, Inst., § 155, S. 463.)

[1]) Vgl. Dernburg, Pand., I. Bd., S. 535 f.; Windscheid, I. Bd., S. 1015 f. (§ 199); Schimanski, S. 17 f.

[2]) Vgl. besonders Giese, S. 10 f.

Die allmähliche Erweiterung der Passivlegitimation also, die wir oben hinsichtlich der Reivindikation schilderten, wurde in gleicher Weise auch für die Publiciana eingeführt, soweit ihr besonderer relativer Charakter dies zuließ. Auch sie ging deshalb seit der Zeit Ulpians gegen den bloßen Detentor und somit unter den obigen Einschränkungen eventuell auch gegen einen bloßen Besitzdiener. Und zwar war sie gegen Detentoren immer zulässig, weil diese dem titulierten gutgläubigen Usukapionsbesitzer gegenüber stets schlechter berechtigt waren.

Desgleichen wurde auch im gemeinen Recht von der Person des Beklagten weiter nichts als „Innehabung" verlangt.[1])

Ebenso fanden in beiden Rechten die Regeln von der nominatio auctoris auf die Publiciana entsprechende Anwendung. Denn dieser Rechtsbehelf war für jegliche Besitzart und für alle in rem actiones eingeführt worden. Dies ergibt sich aus der Einleitung der c. 2 cit.: „Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat . . . ."

3. Nicht gegen völlige Entziehung des Besitzes, sondern gegen bloße Störungen richten sich die actio negatoria[2]) und confessoria.[3]) Letztere ist aber lediglich eine Klage aus der Servitut und als Eigentumsklage (nur solche kommen hier in Betracht) deshalb nicht anzusehen, weil eine Servitut an der eigenen Sache nicht denkbar ist; man klagt mit ihr stets auf Grund eines außerhalb des Eigentumsbegriffs liegenden besonderen Rechtes: „Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire. (fr. 5, pr. si ususfr. pet. 7, 6).

---

[1]) Göschen, Gem. Z.R. II, S. 197; Engelmann, Bürg. R., S. 560.

[2]) Hesse, Rechtsverh. d. Grundstücksnachbarn, S. 263 f.; ders. in Iherings Jahrb. 8, S. 45 f.; Kori, Arch. f. Z.Pr. XXVII, S. 325 f.

[3]) Schmidt, Zeitschr. f. gesch. R.W. XV, S. 169 f.

Wir befassen uns deshalb hier nur mit der Negatorienklage, die der petitor gleich der rei vindicatio einfach auf Grund seines Eigentums anstrengt, aber nicht gegen totale, sondern nur gegen partielle Beeinträchtigungen desselben.[1]) Ursprünglich nur auf Abwehr angemaßter Servituten gerichtet, ging sie später auch gegen andere servitutenähnliche Störungen und im gemeinen Rechte gegen jede angemaßte Eigentumsbeschränkung.[2]) Die Störung muß eine andauernde sein. Nur einmaliges Wasserschöpfen würde z. B. noch keine actio negatoria begründen, sondern nur eine persönliche Klage (actio iniuriarum; a. legis Aquiliae, interdictum uti possidetis usw.) oder Selbsthilfe gestatten.

Bezüglich der Passivlegitimation macht sich in der Literatur eine dieselbe möglichst einschränkende Richtung geltend, die besonders von Hesse in seinem Buch „Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn," S. 331 f. (§ 67) und Ih. Jahrb., Bd. 8, S. 58 f., S. 51, vertreten wird. Danach soll die Negatorienklage stets nur gegen den Eigentümer oder Besitzer des Grundstückes gehen, für welches ein Recht in Anspruch genommen wird. Rein praktisch genommen haben diese neueren Untersuchungen sehr viel für sich. Kori, der sich mit dieser Frage gleichfalls beschäftigt (im Arch. f. z. Praxis, Bd. 27, S. 325 ff.), führt denn auch zur Bekräftigung seiner Ansicht ein äußerst gerecht erscheinendes Urteil des königlich sächsischen vormaligen Appellationsgerichts aus den Jahren 1812—15 an, wonach eine Negatorienklage gegen einen Tagelöhner, welcher, dazu gedungen, auf einem fremden Grundstücke einen Graben gezogen hatte, ingleichen eine Negatorienklage gegen einen gedungenen Schieferdecker als unstatthaft abgewiesen wurde.

---

[1]) Donellus, Com. de iure civ. Lib. XI, cap. XVI. . . . Competit ergo haec actio omnibus, qui praedium suum intendunt esse liberum.

[2]) Ebenso im B.G.B., § 1004.

Andrerseits widersprechen dieser Annahme doch eine ganze Anzahl von Quellenstellen, vor allen Dingen fr. 8, § 5 si serv. vind. 8, 5. Hier wird dem Eigentümer eines Grundstückes, in welches der Rauch einer tiefer gelegenen Käse-Räucherungsanstalt eindringt, gleichwohl eine Negatorienklage gegen den Pächter dieser Anstalt gegeben, letzterem aber nur das Recht auf Schadloshaltung gegen seinen Auktor gewährt.

Auch fr. 10, § 1 eod. ließe sich hiergegen anführen. Dort wird die actio confessoria[1]) auf Zuständigkeit einer Wasserleitung gegen alle diejenigen gestattet, welche den Lauf des Baches hindern, mit dem ausdrücklichen Hinzufügen „exemplo ceterarum servitutum". Kori sieht nun in diesem Falle als passivlegitimiert nur die Eigentümer der anliegenden Grundstücke an, nicht aber sonstige dritte Störer der Wasserleitung und begründet diese Auslegungsweise durch den Hinweis auf einen Satz, der ebenso, wie obige Stelle, von Ulpian herrührt, nämlich fr. 6, § 3 eod.: Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, gleichfalls mit dem Hinzufügen „sicuti ceterarum servitutum intentio."

Nach alledem besteht auch in den Quellen über diese Frage eine Kontroverse, die aber, weil die überwiegende Mehrzahl der einschlägigen Stellen, wie Kori und Hesse a. a. O. nachweisen, gegen die Passivlegitimation bloßer Detentoren und sonstiger dritter Störer sich aussprechen, im ganzen nach dem Sinne dieser beiden Schriftsteller zu entscheiden sein wird. Dafür spricht auch der Wortlaut der formula: „Si paret No. No. ius non esse fundo isto uti frui (me) invito." Hier ist von einem ius die Rede. Ein solches kann sich aber bloß der Eigentümer oder juristische Besitzer zuschreiben. Auch lag für eine weitere Ausdehnung

[1]) Als Gegenstück zur negatoria unterliegt die confessoria denselben Grundsätzen, wie die negatoria und umgekehrt.

der Negatorienklage gar kein Bedürfnis vor, denn die Injurienklage usw. reichten aus, sich gegen sonstige Störer zu schützen.

4. Aus Gründen der Rechtspolitik wurde ferner der dingliche Rechtsschutz durch Vermittelung des Prätors und sonstiges öffentliches Eingreifen, abgesehen von den bereits genannten Servituten allmählich auf den juristischen Besitz des Pächters eines ager vectigalis oder locus publicus, des Superfiziars, Pfandgläubigers, Sequesters, Emphyteuta und Prekaristen ausgedehnt. Auch sie konnten demnach (utiliter) gegen einen bloßen Detentor petitorisch klagen. Denn dem Superfiziar, Sequester und Besitzer von Vektigalländereien wurden vom Prätor alle dem Eigentümer zustehenden Vindikationen als rei vindicatio, negatoria, Publiciana utilis gegeben. Und der Pfandgläubiger war mit seiner actio hypothecaria gegen jeden Dritten, der die facultas restituendi hatte, also gleichfalls gegen den bloßen Detentor zu klagen befugt. Entsprechendes galt dann auch im gemeinen Rechte mit zeitgemäßer Erweiterung auf Fideikommisse und Lehen. Um den von der Gesetzgebung verfolgten Zweck zu erreichen, wurde hier, ähnlich, wie bei der actio Publiciana, Eigentum fingiert, weshalb wir diese Klagen in einem weiteren Sinne zu den Eigentumsansprüchen zählen können, auf die auch alles von der nominatio auctoris Gesagte Anwendung fand.

Der Grundsatz von der Passivlegitimation eines bloßen Detentors war auch im gemeinen Rechte in allgemeiner Geltung. Auch in den älteren Partikularrechten begegnet er uns. So heißt es im revidierten Landrecht des Herzogtums Preußen von 1685 Bd. III, Tit. I, Art. XIII, § 2: „Diese directa rei vindicatio wird gegeben, zugelassen und gestattet dem rechten Herrn wider und gegen einen jeden, der ein possessor Besitzer oder Inhaber ist eines leiblichen und begrifflichen Gutes, dasselbe sein Gut wieder an sich zu bringen;“ und im Bayerischen Landrecht (Cod. Max. Bav. civ. Th. II, Kap. II, § 7) wird:

„zwar hierinfalls auch ein bloßer Detentor pro Possessore (als Beklagter) geachtet, kann aber hingegen Authorem nominieren und sich der Klage dadurch entschütten.“ [1])

D.

Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, das am meisten verbreitete Partikularrecht Deutschlands, nimmt bezüglich der unter unser Thema fallenden Rechtsfragen in mehrfacher Hinsicht die Stellung eines fortbildenden Vermittlers zwischen dem römisch-gemeinen und dem heutigen bürgerlichen Recht ein.

a. Besonders gilt dies von seiner Besitzlehre.[2]) Diese zeigt bereits die im Bürgerlichen Gesetzbuch wiederkehrende Dreiteilung. Denn zwischen den juristischen Besitz und die Detention wird eine dritte Gruppe von Besitzern, die sogenannten „unvollständigen Besitzer“, eingeschoben. Mit Einführung dieses Begriffes scheiden sämtliche selbstnützigen Detentoren (Pächter, Mieter, Leiher usw.) aus dem sehr weit gefaßten römisch-gemeinrechtlichen Detentionsbegriffe aus. Denn § 6 I, 7 A.L.R. bestimmt: „Wer eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigentum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seinen Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein „unvollständiger Besitzer“.

Somit bleiben für die „bloße Inhabung“ nur noch die prokuratorischen Detentoren übrig. Inhaber ist jeder, der

[1]) Weitere Beispiele: im Österr. Bürg. Gesetzb. § 366, „mit dem Rechte des Eigentümers, jeden Anderen von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigentumsklage gerichtlich zu fordern.“

Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen, § 295. Der Eigentümer hat die Eigentumsklage gegen jeden Inhaber seiner Sache, welcher ihm dieselbe vorenthält, auf deren Herausgabe.

[2]) Baron in Ih. Jahrb., 29, S. 236.

die Sache in seiner Gewahrsam, d. h. „wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen“. (§ 1, I, 7 A.L.R.). § 2 eod. „Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen anderen oder in dessen Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat.“ Es kann aber „den bloßen Inhaber der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigner Macht zu allen Zeiten entsetzen. (§ 144, I, 7 A.L.R.)“ Dabei darf sich ein solcher Besitzer nur keiner „unerlaubten Privatgewalt, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört, oder der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird, bedienen“. Und „nur von demjenigen kann der bloße Inhaber die seiner Gewahrsam entkommene Sache zurückfordern, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat“. (§ 162, I, 7.)

Gegen Dritte ist hiernach der bloße Inhaber ähnlich geschützt, wie unser Besitzdiener nach § 860 B.G.B. Aber ebenso wie jetzt macht sich nach Allgemeinem Landrecht der Besitzherr durch beliebige Entziehung des Besitzes gegenüber dem bloßen Inhaber prinzipiell keiner verbotenen Eigenmacht schuldig. Mit Recht kann man daher die Stellung des „bloßen Inhabers“ der des heutigen Besitzdieners vergleichen und muß das gesetzgeberische Talent des großen Svarez anerkennen, der sonach den Bedürfnissen des praktischen Lebens in derselben Weise gerecht wurde, wie 100 Jahre nach ihm das Bürgerliche Gesetzbuch.

b. Hinsichtlich der hier zu erörternden Eigentumsansprüche des Allgemeinen Landrechts bestehen gleichfalls mancherlei Abweichungen vom römisch-gemeinen Rechte.

1. Für die rei vindicatio[1]) bestimmt § 1, I, 15 A.L.R.: „Der wahre Eigentümer hat das Recht, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist, oder

[1]) Dernburg, P.Pr. I, § 246, Z. 2; Förster-Eccius, P.Pr., Bd. 2–3, S. 284.

vorenthalten wird; von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern.“[1])

Hiermit ist die Passivlegitimation des „bloßen Inhabers“ zwar deutlich ausgesprochen, doch ist er, abweichend vom römisch-gemeinen Recht, zur nominatio auctoris auf Grund von § 165 ff., I, 7 A.L.R. verpflichtet; denn „wird die Sache bei ihm von einem anderen in Anspruch genommen, so muß er den, von welchem er die Sache überkommen hat, benennen, und den Ansprechenden an diesen verweisen“ (§ 165). Eine Reivindikation ist also praktisch gegen ihn nicht durchführbar. In demselben Sinne heißt es in der Pr.O. § 34, Tit. 17, Th. I.: „Er sei schuldig, seinen Auktor zu nennen und den Kläger an diesen zu verweisen.“ — Tut er dies nicht, so hat der Prozeß gegen seinen Auktor keine Wirksamkeit (§ 35, Tit. 17, Th. I, A.G.O.).

Bleibt aber die Antwort des Nominaten aus, so wird der Rechtsstreit mit dem Besitzvertreter durchgeführt, ohne daß dem Nominaten dann noch das Recht zustände, Ansprüche gegen den verurteilten Nominanten geltend zu machen, noch auch dem Urteil und dessen Vollstreckung zu widerstreiten (§§ 37 und 39, Tit. 17, Pr.O.). Nur in diesem Falle ist also eine Eigentumsklage gegen einen bloßen Inhaber bezw. Besitzdiener denkbar. Verschweigt aber der bloße Inhaber entgegen der gesetzlichen Verpflichtung seine Besitzart, so haftet er auf Grund von § 12, I, 15 A.L.R.[2]) für das ganze Interesse.

Andrerseits ist aber auch der klagende Eigentümer schuldig, sich zunächst an den wirklichen Besitzer zu halten (§ 13, eod.).[3])

---

[1]) Seufferts Arch. XX, No. 104. Hiernach eine Eigentumsklage gegen einen Afterpächter zu richten, nicht gegen den Pächter, weil dieser seine Detention aufgegeben habe.

[2]) Wer sich zum Schaden des Klägers für den Besitzer der Sache fälschlich ausgegeben hat, haftet demselben für das ganze Interesse (§ 12 cit.).

[3]) § 14, eod. Wenn aber auch dieses geschieht, so bleibt ihm (dem Kläger) dennoch der sich angebende falsche Besitzer wegen

Von einer rei vindicatio des Auktors gegen den Detentor kann hier schon deshalb nicht die Rede sein, weil auf Grund von § 144, I, 7 f. A.L.R. der Besitzherr berechtigt ist, „den bloßen Inhaber der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten zu entsetzen".

Dies alles gilt ferner nur für Mobiliarprozesse. Nach § 9, Abs. 2 des Eig. Erw. Ges. ist bei Immobilien Beklagter stets der eingetragene Eigentümer, also nicht ein bloßer Inhaber.

2. Dieselben Regeln, wie für die rei vindicatio gelten auch nach § 2, I, 15 A.L.R. für die landrechtliche Publiciana,[1]) soweit die §§ 162 f., I, 7 dies zulassen.[2])

Die Hauptabweichung von der rei vindicatio bildet hiernach wiederum die Relativität[3]) der Klage, weil das Klagefundament Besitz ist. Diese Relativität ist sogar soweit wie möglich ausgedehnt. Denn nicht nur der Usukapionsbesitzer wird geschützt, sondern jeder Besitzer, sogar der Inhaber, vorausgesetzt nur, daß der Beklagte ein schwächeres Recht zum Besitz hat, als der Kläger.[4])

---

alles aus dieser falschen Angabe erwachsenden Schadens, und entgehenden Gewinns, verantwortlich.

[1]) Vgl. Crome, III, S. 244, Anm. 22 und besond. Schimanski, S. 29 f.

[2]) § 2, I, 15 A.L.R.: „Wie weit dieses Rückforderungsrecht auch einem Besitzer gegen andere Inhaber und Besitzer, und selbst gegen den Eigentümer, zukomme, ist im siebenten Titel bestimmt." (Tit. 7, § 162 sqq.).

[3]) Hierdurch ähnelt die „preußische Publiciana" sehr der deutsch-rechtlichen Klage (vgl. Giese, S. 18). In der römischen Publiciana ist zwar die Relativität in ihrem Keime schon vorhanden, doch gründete sich diese Klage in erster Linie auf die Usukapion. Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, S. 373 f., Besitzklagen, S. 48 f., 212 f.; Windscheid, Pand. I, § 162 a; Giese, S. 24 f., über die Relativität der landrechtl. Publ.; vgl. bes. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 49, Anm. 12.

[4]) § 175, I, 7 A.L.R. Der vollständige Besitzer ist nur dem Eigentümer zu weichen schuldig.

Wegen der sonstigen Gleichstellung der Publiciana mit der rei vindicatio ist hier die nominatio auctoris in derselben Weise, wie wir es oben schilderten, zu handhaben.

Auch kann eine publizianische Klage zwischen Auktor und Detentor aus denselben Gründen nicht statthaben, wie eine rei vindicatio.[1]) (s. oben S. 67.)

3. Auch die actio negatoria ist dem preußischen Recht bekannt. Dies ergibt sich aus den §§ 181, 182, I, 7 und § 14, I, 19 A.L.R.,[2]) wo eine Vermutung für die Freiheit und Unbeschränktheit des Eigentums aufgestellt, und demjenigen, der ein Recht zu einer Eigentumsbeschränkung behauptet, die Beweispflicht für das Bestehen dieses Rechts auferlegt wird. Hiermit ist die actio negatoria materiellrechtlich anerkannt.

Ihre formale Existenz ergibt sich aus A.G.O., Th. I, Tit. 32, § 2, wo jedem, dem bekannt wird, daß ein anderer, wenngleich nur wörtlich, sich eines gewissen Anspruches gegen ihn berühme, das Recht gewährt wird, durch gerichtliche Klageerhebung die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Anspruches zu beweisen. Und wie sich weiterhin aus § 1 eod.[3]) ergibt, ist hier vor allen Dingen auch an behauptete Eigentumsbeschränkungen gedacht. Im preußischen

---

§ 176 eod. Gegen jeden anderen hat er alle Rechte des Eigentümers.

§ 162 eod. Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern.

[1]) Vgl. auch Förster-Eccius, § 164, S. 116 f.

[2]) § 181, I, 7. Die Vermutung, daß Personen und Eigentum frei sind, überwiegt jedoch die Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

§ 182 eod. Wenn also auch jemand in dem Besitze, die Freiheit oder das Eigentum eines anderen einzuschränken, sich befindet, so muß er dennoch sein Recht zu diesem Besitze angeben und nachweisen.

§ 14, I, 19. Einschränkungen und Belastungen des Eigentums werden niemals vermutet.

[3]) „Wenn sich jemand an des anderen Person, Grundstücke oder sonstigem Vermögen gewisser Rechte und Ansprüche rühmt."

Recht ist diese Klage also gleichfalls eine Eigentumsklage, kann sich als solche aber auch publizianisch auf vollständigen Besitz gründen. Als Veranlassung hat ebenso wie im römisch-gemeinen Recht die faktische Ausübung oder Behauptung des Rechtes zum Eingriff in fremdes Eigentum zu gelten.

Die Person des Beklagten bestimmt sich durch die Störung des Eigentums oder vollständigen resp. Usukapionsbesitzes. Als Störer kann hiernach grundsätzlich auch ein bloßer Inhaber belangt werden. Trotzdem wird man praktisch die Durchführung solcher Klagen auch an preußischen Gerichten gegen besitzdienerartige Inhaber meist zu vermeiden gesucht haben. War doch schon gegen einen unvollständigen Besitzer, z. B. gegen einen Pächter,[1]) die Negatorienklage nur dann mit Wirkung gegen den Auktor zulässig (ähnlich wie im gemeinen Recht), wenn der Pächter nur für seine Person ein Recht in Anspruch nahm. Vindizierte er dasselbe aber als eine dem gepachteten Grundstücke zustehende Realberechtigung, so war der Pächter zur Klage zwar auch passiv legitimiert, doch war das Prozeßergebnis für den Verpächter, wenn er nicht zugezogen wurde, nicht bindend. Denn auch hier und noch viel mehr für den abhängigen Inhaber trat derselbe Zwang zur nominatio auctoris ein, wie bei der vollständigen, nicht bloß partiellen Vindikation, der rei vindicatio.

E.

a. Einen merkwürdigen Rückschritt gegenüber dem Allgemeinen Landrecht bedeutet die Besitzlehre des Entwurfs erster Lesung zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Die äußerst

---

[1]) Erkenntnis des L.G. zu Wolfenbüttel vom 25. November 1833. Die a. neg. in einem Falle, wo es sich um das einem Grundstücke zustehende Recht zu einem Fahrwege handelte, gegen den Pächter nicht anstellbar. Nur wenn von einer Anmaßung für seine Person die Rede ist.

zweckmäßige Dreiteilung des landrechtlichen Besitzes in 1. vollständigen, 2. unvollständigen Besitz und 3. bloße Inhabung wurde zugunsten rein doktrinärer Gesichtspunkte sehr zum Schaden des praktischen Verkehrsinteresses wieder aufgegeben. In strikter Durchführung des bis auf Ihering herrschenden Dogmas vom corpus und animus (domini, rem sibi habendi) bezeichnete man die bloß tatsächliche Gewalt über eine Sache als Inhabung, die mit dem Willen, die Sache als eigene zu haben, verbundene, als Besitz.[1]) Und während das gemeine Recht, dem Beispiel des römischen Rechts folgend, dem Detentor nur einen geringen Rechtsschutz zubilligte, verfiel E. I. in das andere Extrem durch Ausstattung des Inhabers mit einem intensiven Besitzschutze. Da es aber ein Drittes außer diesen beiden Besitzarten nicht gab, waren sämtliche Besitzdiener auch rechtlich geschützte Inhaber.

In § 929 E. I. wurde weiterhin bestimmt: „Der Eigentümer hat gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der Sache. Der Anspruch findet auch gegen den Inhaber der Sache statt.“ Damit war die Passivlegitimation für die rei vindicatio so weit wie möglich ausgedehnt.

Noch schlimmer aber war der bereits angedeutete Umstand, daß sämtlichen Inhabern voller Besitzschutz[2]) gewährt wurde. Ein Dienstmädchen z. B., welches der Herrschaft die Tür zuschloß und den Schlüssel innehatte, konnte nach E. I. den Zurückkehrenden die Herausgabe des Schlüssels verweigern und wenn ihr derselbe mittels verbotener Eigenmacht entzogen wurde, gegen die Herrschaft klagend vorgehen. Dieses von Ihering (Besitzwille) in ähnlicher Weise konstruierte Beispiel zeigt deutlich, daß der römische

[1]) § 797 E. I. Der Besitz einer Sache wird erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben. (Besitzwille).

[2]) § 820 E. I.: Ist der Inhaber durch verbotene Eigenmacht in der Inhabung gestört, so hat er gegen den Störer einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung. . . .

Detentionsbegriff ohne Besitzschutz in eingeschränkterer Form legislatorisch nicht zu entbehren ist. Mit Recht unterzogen daher Gierke[1]) in seinem „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches" und Ihering im „Besitzwillen" auch diese dem Volksempfinden widersprechenden Bestimmungen einer scharfen Kritik.

b. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches räumte denn auch mit dem animus domini auf. Der Gegensatz zwischen Besitz und Inhabung wurde fallen gelassen, der Besitzwille als besonderes Begriffsmerkmal des Besitzes beseitigt. Der „Inhaber" des Entwurfs I erhielt den Namen des Besitzers.

§ 797: „Besitz wird erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt."

Auf Vorschlag des preußischen Justizministers wurde dann weiter „um Mißverständnisse, zu denen der E. I. geführt hatte, abzuschneiden," der § 797 a eingeführt:

„Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer."

Die Protokolle[2]) führen dazu aus, „daß es Fälle gebe, in denen jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht für sich, sondern für einen Anderen derart ausübe, daß dieser Andere als Besitzer anzusehen sei. Dies habe schon der erste Entwurf angenommen, aber eine Bestimmung darüber für entbehrlich gehalten."

„Die Kritik habe den Entwurf in dieser Beziehung mißverstanden und deshalb sei diese Bestimmung aufgenommen worden."

---

[1]) Vgl. auch „Fahrnisbesitz" S. 4.

[2]) III, S. 31.

Die Kommission verzichtet jedoch darauf, eine völlig zweifelsfreie Fassung für ihren neuen § 797 a zu finden. Sie betonte, wie wir bereits oben S. 4 erwähnten, daß das Gesetz sich darauf beschränken müsse, die praktisch wichtigsten Fälle hervorzuheben und es der Wissenschaft und Praxis überlassen müsse, „durch eine vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung des § 797a zu sorgen".

Gegenüber der Auffassung der Kommission wurde von einer Seite geltend gemacht, „daß der § 797a auf einer falschen Voraussetzung beruhe. In den Fällen, die dieser Paragraph treffen wolle, habe derjenige, für den der Andere die Sache halte, die tatsächliche Gewalt, nicht dieser Andere, denn die tatsächliche Gewalt sei nicht rein physikalisch zu verstehen".

Hierauf wurde erwidert, „daß die tatsächliche Gewalt immer physischer Natur sei. Wer die Sache im gewöhnlichen Sinne besitze, habe dieselbe in seiner Gewalt. Es bedürfe immer eines besonderen rechtlichen Umstandes, kraft dessen dieser tatsächliche Besitz des einen auf einen Anderen bezogen werde. Und dieses Rechtsverhältnis sei eben in dem § 797a bezeichnet."

Betreffs des Wortlautes beschloß die Kommission zu sagen statt „ähnliches Verhältnis", „sonstiges Abhängigkeitsverhältnis", „denn der Soldat habe an den Waffen z. B. keinen selbständigen Besitz und stehe doch in einem unter den Wortlaut des § 797a nicht fallenden besonderen Verhältnisse".

Der § 797a wurde als § 778 in den Entwurf II aufgenommen. Die Redaktionskommission setzte an Stelle von „sonstigen Auhängigkeitsverhältnis" einfach „sonstiges Verhältnis".

Die Revisionskommission[1]) stellte die ursprüngliche Fassung „oder in einem ähnlichen Verhältnisse" wieder her, da bei der Fassung „oder in einem sonstigen Ver-

[1]) Kommissions-Prot., Bd. 6, S. 219.

hältnis“ zweifelhaft sein könne, ob auf die Leihe, bei welcher die Dauer weder bestimmt noch aus dem Zweck zu entnehmen sei, auf die Hinterlegung, bei welcher zu jeder Zeit zurückgefordert werden könne, nicht § 778 Anwendung finden würde, was mit § 790 (jetzigen § 868) zweifellos nicht vereinbar wäre.

Eine begriffliche Änderung wollte weder die Redaktions- noch die Revisionskommission herbeiführen.[1]) In der von der Revisionskommission angenommenen Fassung ging der Paragraph als § 840 in die Bundesratsvorlage und als § 839 in die Reichstagsvorlage über. In der von dem Reichstage eingesetzten Kommission wurde er unverändert angenommen,[2]) ebenso bei der zweiten und dritten Beratung der Vorlage im Plenum des Reichstages,[3]) und wurde als § 855 Gesetz. Mit ihm[4]) wird allen unter ihn fallenden Inhabern nicht nur der Besitzschutz, sondern der Besitz überhaupt abgesprochen und der Besitzherr gilt seinem Besitzdiener gegenüber als unmittelbarer Besitzer.[5]) Manche Rechtslehrer, z. B. auch R. Leonhard in den Anmerkungen zu Ecks Vorträgen,[6]) sind nun der Ansicht, daß

---

[1]) cf. Planck, Bem. 2 zu § 855, S. 36 und Grützmann, Sächs. Archiv., Bd. 4, S. 583.

[2]) Bericht der Reichstagskommission, S. 384.

[3]) Stenogr. Bericht des Reichstagsarch., 2. Beratung, S. 70, 3. Beratung, S. 353.

[4]) Der Einschränkung des Inhabungsbegriffes entspricht natürlich eine bedeutende Erweiterung des Besitzbegriffes im B.G.B. Dieser umfaßt nun sämtliche gemeinrechtliche Detentionsverhältnisse (die gesetzlich fixierten, z. B. Miete, Pacht, Depositum, Mandatum usw.) mit der einzigen Ausnahme der Besitzdienerschaft und auch den unvollständigen (selbstnützigen) Besitz des A.L.R., eine für die Hebung des Kredits jedes einzelnen und damit für das moderne Verkehrsleben äußerst günstige Neuerung, „die geeignet ist, den Rechtsfrieden im weitesten Umfange zu wahren“. Eck, Vortr., S. 12.

[5]) Fischer-Henle, § 855, Anm. 6.

[6]) II. Bd., S. 9.

die moderne Wissenschaft und Praxis zu leicht geneigt sei, den Begriff der Besitzdienerschaft weiter zu fassen, als praktisch notwendig sei. Man wird dagegen hauptsächlich unter dem Gesichtspunkte vorzugehen haben, daß vor allem die Besitzverhältnisse unter § 855 Bürgerliches Gesetzbuch gestellt werden, bei denen ein „reines wirtschaftliches Unterordnungsverhältnis gegen Selbstherrlichkeitsgelüste des Untergebenen zu sichern ist", so daß z. B. das Verhältnis zwischen Gastgeber und Gast (bezüglich der von letzterem detinierten Sachen) ohne Gefahr für die Rechtsprechung gänzlich aus dem Spiele bleiben könnte.

Welche Besitzverhältnisse unter Innehaltung dieses einschränkenden Gesichtspunktes der § 778 E. II. = 855 B.G.B. im einzelnen etwa zu umfassen hat, ist im Eingange bereits geschildert worden (s. oben S. 3 f.).

Da hiermit die bloße Inhabung ganz wie im Allgemeinen Landrecht nur noch die minder erheblichen Besitzverhältnisse umfaßt, hat schon der Entwurf zweiter Lesung den letzten Schritt in dieser Entwicklung getan, indem er auch die Eigentumsklage entgegen dem römischen, gemeinen und allgemeinen Landrecht gegen einen bloßen Besitzdiener ohne Zweifel als unzulässig betrachtet. Nach § 899 E. II. kann der Eigentümer nur „von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen".

F.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, welches hinsichtlich seiner Lehre vom Besitz und Eigentum auf dem Boden des Entwurfs zweiter Lesung steht, nimmt diesen Gedanken in § 985 auf, indem es bestimmt:

1. „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen."

Die rei vindicatio, die also ebenso wie im römischen Rechte als Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen

den besitzenden Nichteigentümer erscheint,[1]) geht nach § 985 f. immer nur gegen einen Besitzer, nie gegen einen bloßen Besitzdiener. Dies ist jedenfalls die herrschende[2]) und auch von uns vertretene Ansicht. Einen abweichenden Standpunkt verficht Isay (a. a. O. S. 295 f.). Er behauptet, daß unter dem „Besitzer" in § 985 der Besitzdiener mitzuverstehen sei. Diese Behauptung gründet sich in erster Linie auf seine unrichtige Auffassung von der Stellung des Besitzdieners im Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Wir gehen daher auf diese besitzrechtliche Streitfrage hier etwas näher ein. Isay[3]) bekämpft die oben S. 5 dieser Arbeit wiedergegebene Ansicht F. Leonhards, daß das wesentliche Unterscheidungsmerkmal des Besitzdienerbegriffs gegenüber dem Besitzmittlerbegriff darin liege, daß der Besitzdiener nach Maßgabe der sozialen Anschauungen dem befehlsberechtigten Besitzherrn in Ausübung der Sachgewalt gehorsamspflichtig sei und führt zur Begründung folgendes an: Zunächst gebe es Besitzdienerverhältnisse, in denen nach der sozialen Auffassung sicherlich von einem Befehlsrecht, dem eine Gehorsamspflicht gegenüberstehe, nicht die Rede sein könne, wie z. B. bei Vorständen einer Korporation hinsichtlich der Benutzung ihrer Kontormöbel. Gerade durch Wahl dieses Beispieles aber beweist Isay die Hinfälligkeit seines Einwandes; denn nach der durchaus herrschenden Ansicht in der Literatur[4]) und Rechtsprechung[5]) ist der Vorstand einer Korporation überhaupt nicht Besitzdiener hinsichtlich ihrer von ihm detinierten Sachen. Weiter behauptet Isay, daß die durch die herrschende Ansicht be-

[1]) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht III, S. 365 f.

[2]) Vgl. besonders Biermann zu § 985, Anm. 2 und 3; Fischer-Henle, § 985, Anm. 2; Turnau-Förster, S. 588; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 52; Cosack, Lehrbuch d. bürg. R., II. Bd., § 212, S. 163; Crome, S. 406 u. a.

[3]) Vgl. S. 284 f.

[4]) Vgl. oben S. 6, Anm. 2.

[5]) Vgl. die Entscheidung des Kammergerichts in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 5, S. 148.

liebte „schroffe Gegenüberstellung der privatrechtlichen Gebundenheit gegenüber der auf der sozialen Anschauung beruhenden nicht gerechtfertigt sei; denn die erstere sei ja doch nichts weiter, als der rechtliche Niederschlag der letzteren.“ Wo daher „eine rechtliche Abhängigkeit des Gestors (Besitzdieners) bestehe, werde man diese regelmäßig auch als nach der Auffassung des Lebens vorhanden ansehen dürfen,“ so daß z. B. auch ein Beauftragter als nach der Auffassung des Verkehrs zum Gehorsam gegen den Auftraggeber verpflichtet und demzufolge als Besitzdiener nach § 855 anzusehen wäre. Dieser Einwand ist, wie auch Liebezeit (a. a. O. S. 31) in seiner kritischen Würdigung der Lehre Isays treffend bemerkt, entschieden unzutreffend; denn die herrschende Meinung unterscheidet tatsächlich sehr genau, ob z. B. ein Beauftragter seinem Auftraggeber nach dem dem Auftrage zugrunde liegenden Verhältnis sozial untergeordnet ist oder nicht und sondert demgemäß mit ziemlicher Sicherheit den Besitzer vom bloßen Besitzdiener. Man vergegenwärtige sich folgendes Beispiel: Der Rittergutsbesitzer A erteilt seinem landwirtschaftlichen Eleven B den Auftrag, ein neu gekauftes Reitpferd vom Bahnhofe abzuholen. Hier wird der Eleve B an dem ihm am Bahnhofe ausgehändigten Pferde nur Besitzdiener und zwar nicht auf Grund des Rechtsverhältnisses eines Auftrags sondern infolge seiner Stellung im Erwerbsgeschäft des A, vermöge deren er nach den herrschenden sozialen Anschauungen dem befehlsberechtigten A zum Gehorsam verpflichtet ist. Beauftragt nun derselbe Rittergutsbesitzer den Gastwirt C in der entfernter liegenden Stadt M, zwei bei C eingestellte Pferde dem Leutnant D zu übermitteln, so ist C Besitzmittler des Rittergutsbesitzers A auf Grund eines Verwahrungsvertrages gemäß § 868 B.G.B. und der Auftrag macht ihn keineswegs zum Besitzdiener des A.

Isays Einwendungen gegen den F. Leonhardschen Besitzdienerbegriff sind daher hinfällig. Die von ihm des weiteren aufgestellte Lehre, daß die typische Offenkundigkeit

der Geschäftsführung des Besitzdieners das Kriterium des § 855 gegenüber dem § 868 B.G.B. bilde,[1]) wird von Liebezeit[2]) treffend widerlegt durch ein einfaches Beispiel, indem er ausführt: In sehr vielen Geschäftslokalen bediene der Prinzipal selbst neben seinen Angestellten die Kunden; wer wolle nun als Fremder bestimmen, ob der Verkäufer, der die Ware vorlegt, ein Angestellter, ein Besitzdiener, oder der Pinzipal selbst, somit der Besitzherr sei?

Isay behandelt dann, indem er sich auf sein hiernach irriges Kriterium des § 855 B.G.B. stützt, die Rechtswirkung des Besitzdienerverhältnisses in Hinsicht auf die Beziehung zum Besitzherrn und zu Dritten[3]) und kommt zu dem Schlusse: „Auch der Gestor (Besitzdiener) im Falle des § 855 hat Dritten gegenüber, insoweit es sich lediglich um den Schutz, die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewaltausübung handelt, Besitz." Da die Voraussetzung der Isayschen Deduktion irrig ist, kann auch dieses Ergebnis derselben nicht zutreffen. Nach letzterem wäre der Inhaber nach § 855 B.G.B. auch passiv legitimiert für die Klage aus § 985 B.G.B. Isay[4]) verficht auch diese weitere Folgerung und weist zu ihrer näheren Begründung auf jenes von uns oben im römisch-rechtlichen Teile zitierte Fr. 9 i. f. de R. V. 6,1 (Ulpianus)[5]) hin, wodurch die rei vindicatio gegen jeden zulässig wurde, der die Sache tatsächlich hatte, „bei welchem also der Eigentümer imstande war, sie zu holen". Isay räumt aber selbst ein, daß dieses fr. 9 i. f. 6, 1 bei der sonstigen Verweigerung possessorischer Anerkennung der Detention im römischen Recht den Charakter einer Ausnahmebestimmung trage. Folglich mußte er sich, wie auch Liebezeit[6]) gegen ihn ins Feld führt, doch

[1]) Vgl. Isay, S. 285 f.

[2]) S. 32 f.

[3]) Vgl. Isay, 291, 292.

[4]) S. 296.

[5]) „puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse."

[6]) S. 70.

selbst sagen, „daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch, wollte es die Besitzdiener in § 985 für passiv legitimiert angesehen wissen, eine jener l. 9 D. 6, 1 entsprechende besondere Bestimmung hätte geben müssen".

Auf Seiten Isays scheint auch Landsberg[1]) zu stehen, wenn er ausführt, daß „dem Eigentumsanspruche jeder unterliege, der die Sache dem Eigentümer unberechtigtermaßen vorenthält, d. h. jede Person, die eine Macht über die Sache ausübt und dadurch der Inhabung des Eigentümers entgegentritt, sie sei nun Besitzer oder nicht." Mit Recht nennt Liebezeit[2]) diese Redeweise „zum mindesten ungenau;" denn mit den aufgeführten Worten Landsbergs wird auch ein bloßer Besitzdiener für passiv legitimiert erklärt, da Landsberg unter „Macht über die Sache" wohl sicher nichts anderes versteht als „tatsächliche Gewalt". Diese übt aber auch ein bloßer Besitzdiener über die Sache des Besitzherrn aus. Ein Besitzdiener ist aber nach dem Wortlaut des Gesetzes und der durchaus herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis, wie wir gesehen haben, nicht passivlegitimiert für die Klage des Eigentümers aus § 985 B.G.B. — Maßgebend für die Passivlegitimation ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit.[3]) Gegen die Einrede des Beklagten, er sei bloßer Besitzdiener,[4]) trifft den Kläger die Beweislast, da er nur einen Besitzer belangen darf.

Zwischen Liegenschaften und Fahrnis wird im heutigen Eigentumsstreit nicht mehr unterschieden. Vom römischen, wie auch vom früheren preußischen Recht weicht das Bürgerliche Gesetzbuch dadurch erheblich ab,[5]) daß der

[1]) Das Recht des B.G.B., 2. Hälfte, S. 670.

[2]) S. 71.

[3]) Vgl. Staudinger, Komm., § 985, Anm. II, 2, b.

[4]) Isay gibt konsequenterweise auch dem Besitzdiener die nominatio auctoris aus § 76 Z.P.O. an die Hand (vgl. a. a. O. S. 297). Dieser Standpunkt fußt auf der oben als irrig erwiesenen Lehre Isays von der rechtlichen Natur des in § 855 umschriebenen Detentionsverhältnisses.

[5]) Vgl. Dernburg, Bürg. R. III, S. 370.

Eigentumsanspruch aus § 985 nur auf die Herausgabe der Sache, nicht zugleich auf die richterliche Feststellung des Eigentums des Klägers gerichtet ist. Der letztere Zweck wird heut durch Erhebung einer aus § 256 Z.P.O. herzuleitenden besonderen Klage (Eigentumsfeststellungsklage) erreicht. Diese kann mit der Klage aus § 985 verbunden werden.[1])

Ebenso wie im Allgemeinen Landrecht ist für eine rei vindicatio des Besitzherrn selbst gegen seinen Besitzdiener kein Raum, weil letzterer zu sofortiger Herausgabe der Sache jederzeit verpflichtet ist und dem Auktor gegen ihn das Recht der Selbsthilfe zusteht. Verbotene Eigenmacht (§ 858 f.) kann sich der Besitzherr hierbei also nicht schuldig machen.[2])

Läßt sich ein Besitzdiener trotz seines mangelnden Besitzes auf die Klage ein, so macht er sich einer unerlaubten Handlung aus § 823 Abs. 1 B.G.B. schuldig und ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Denn die Herausgabe der Sache kann der Kläger vom Beklagten nicht fordern, da letzterer als Besitzdiener gar kein Recht zur Prozeßführung hatte. Doch darf er nach § 893 Z.P.O. die Leistung des Interesses verlangen und den Geldwert einklagen.[3]) Der Beklagte kann sich durch Widerruf des gerichtlichen Geständnisses, daß er die eingeklagte Sache hinter sich habe, von seiner Haftung nicht befreien. Denn „der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlaßt sei". Der fälschlich Belangte hat aber sehr wohl gewußt, daß er die Sache nicht besitze,

---

[1]) Vgl. Planck, III, Vorbem. 4 zu § 985, S. 299; Dernburg, Bürg. R. III, S. 365; Kober, Anm, I, 1 a zu § 985, S. 244.

[2]) Denn § 858 steht dem Besitzdiener nicht zur Seite, solange er nicht nach § 854 Besitz erlangt hat.

[3]) Den Anspruch hierauf „hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht I. Instanz geltend zu machen". (§ 893 Abs. 2 Z.P.O.).

kann also den durch das Urteil festgestellten Anspruch nicht durch Klage aus § 767 Z.P.O. (Vollstreckungsgegenklage, Einwandsklage) zurückweisen. Denn die hier geltend zu machenden Einwendungen sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können." (§ 767 Abs. 2 Z.P.O.)

Nach alledem haftet der sich auf die Klage einlassende Besitzdiener etwa so, wie ein fictus possessor, qui liti se optulit des römisch-gemeinen Rechtes. Durch das richterliche Fragerecht aus § 139 Z.P.O. ist der bloße Besitzdiener auf den vorhandenen Rechtsmangel aufmerksam zu machen.

2. In der modernrechtlichen Publiciana, der Klage aus § 1007 B.G.B., treten uns deutlich altdeutsche Rechtsgrundsätze wieder entgegen.[1]) Unter Beschränkung dieses Anspruches auf Fahrnisbesitz bestimmt § 1007: „Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist, oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung."

Die Klage ist, ähnlich wie im Preußischen Allgemeinen Landrecht, relativ. Es dringt derjenige mit ihr durch, der

[1]) Vgl. besonders Giese, S. 26 f., S. 36, 62 f.; ferner auch Schimanski, S. 53 f.; Eck, II. Bd., S. 188, Denkschrift zum Entw. des B.G.B., S. 139; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 19, S. 70 f. und die dort zitierten Autoren, insbes. Delbrück, dingl. Klage, S. 42 f.; Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 106 f.; Huber, Gewere, S. 12 f. u. a.

ein besseres Recht zum Besitze nachweist;[1]) denn nach § 1007 Abs. 3 Satz 1 ist der Anspruch „ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat". Die Klage trägt dinglichen Charakter, da sie auf dem dinglichen Besitzrecht beruht.[2]) Gemäß der Eigentumsvermutung[3]) des § 1006 Abs. 2 B.G.B. kann sich ihrer auch der Eigentümer außer der Vindikation nach § 985 bedienen.[4]) Auch gelten heut die oben geschilderten Regeln von der rei vindicatio ebenso für die Publiciana. (Vgl. § 1007 Schlußsatz). Sie geht also gleichfalls nur gegen den Besitzer, nicht gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers,[5]) welcher, wenn er sich auf die Klage einläßt, ebenso haftet, wie bei der rei vindicatio.

3. Anders verhält es sich mit der actio negatoria aus § 1004, die, wie im gemeinen Recht, zur Abwehr jeder angemaßten Eigentumsbeschränkung (nur die Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes ausgenommen) bestimmt ist, soweit diese den Charakter einer dauernden trägt. „Daß der Störende ein Recht behaupte, ist nicht erforderlich" (Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 1004), „ebensowenig ein Verschulden" (E.R. 51, 414, Gruchot 46, 653). Bloße turbatio verbis würde nur eine Feststellungsklage (§ 256 Z.P.O.) begründen (Fischer-Henle, Anm. zu § 1004). Daß der Störer Eigentümer des Grundstückes sei, von welchem die Störung ausgeht, ist gleichfalls nicht erforderlich (Gruchot, Bd. 25, S. 958; Bd. 38, S. 925).

---

[1]) Vgl. Giese, S. 35; Liebezeit, S. 75.

[2]) Anderer Meinung Kober in Staudingers Kom. zu B.G.B., S. 122.

[3]) Die im Anschluß an Art. 2279 des code civil aufgestellt ist. Vgl. Giese, S. 26, S. 30; Liebezeit, S. 75.

[4]) Sie kann auch mit der Vindikation verbunden werden. Vgl. Gierke, a. a. O., S. 65.

[5]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 986 in Verbindung mit Anm. 2 zu § 985; ferner auch Crome, III. Bd., S. 246, Note 45 und Gierke, Fahrnisbesitz, S. 52 f.

Hat nun jemand eine Störung in fremdem Auftrage „in Ausübung des Rechts eines Dritten“ (§ 77 Z.P.O.) vorgenommen, z. B. als Knecht in Ausübung einer Wegeservitut, welche sein Herr am nachbarlichen Grundstücke sich ohne Recht zuschreibt, so ist die Klage aus § 1004 B.G.B. gegen Auftraggeber und Beauftragte in gleicher Weise zulässig, also auch gegen bloße Besitzdiener. Denn sie richtet sich einfach gegen den Störer. Doch finden auf Grund des neu eingeführten § 77 Z.P.O. auch für diesen Fall die Vorschriften des § 76 Z.P.O. (Benennung des Auktors) entsprechende Anwendung, damit auch hier die Möglichkeit gegeben werde, daß über die Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung nur einmal und zwar zwischen dem Gestörten und dem angeblich Berechtigten, verhandelt und entschieden wird. Mot. 87. (Sydow und Busch, § 77 Z.P.O., Anm. 1.) Man wird also auch im heutigen Recht die Belangung eines bloßen Besitzdieners möglichst zu vermeiden suchen.

4. Weiterhin kennt das Bürgerliche Gesetzbuch den sog. Abholungsanspruch aus § 1005 (in Verbindung mit § 867), welcher auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der auf einem fremden Grundstück befindlichen Sachen geht, sofern sie nicht inzwischen in Besitz genommen worden sind (867). Dieser Anspruch richtet sich gleichfalls nur gegen den Besitzer, nicht gegen einen bloßen Besitzdiener (Fischer-Henle § 1005, Anm. 2, § 985, Anm. 2). Würde sich letzterer auf die Klage einlassen, so macht er sich ebenso wie bei der rei vindicatio schadenersatzpflichtig.

5. Als weitere Eigentumsansprüche sind nach heutigem Recht noch zu erwähnen die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 B.G.B. Diese geht gegen den eingetragenen Berechtigten, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, kann sich also unmöglich gegen einen bloßen Besitzdiener richten. Eine Eigentumsklage liegt hier natürlich nur dann vor, wenn sie sich auf Eigentum, nicht aber auf ein sonstiges Recht gründet.

Ferner gehört hierher die Feststellungsklage aus § 256 Z.P.O. Diese wird besonders dann Platz greifen, wenn

jemand ein Recht an einer fremden Sache nur behauptet und kann deshalb sich sehr wohl auch gegen einen bloßen Besitzdiener richten.

Abgesehen von § 256 Z.P.O. kann aus dem Eigentum schließlich noch mit der Widerspruchsklage aus § 771 Z.P.O. geklagt werden. Sie geht gegen die bei einem Dritten zu vollziehende Zwangsvollstreckung in eine dem Kläger gehörende Sache, nicht also gegen einen bloßen Besitzdiener als solchen.

Alle unter No. 5 erwähnten Klagen können sich auch auf andere Rechte gründen. Wir nennen sie hier, weil eventuell auch Eigentum das Klagefundament bildet.

Endlich sei hier noch der Eigentumsansprüche gedacht, die zwar auch das Eigentum zur Grundlage haben, daneben aber eine besondere den Besitzer verpflichtende Tatsache voraussetzen. Hierunter fallen die in den §§ 987—993 B.G.B. geregelten Ansprüche auf Schadenersatz und Herausgabe von Nutzungen. Die Ansprüche werden bedingt durch Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 987), Unredlichkeit (§ 991), unerlaubte Handlung (§ 992) und Bereicherung (§ 993). Natürlich richten sie sich nach denselben Grundsätzen wie die Eigentumshauptklage aus § 985 hinsichtlich der für uns in Betracht kommenden Passivlegitimation, sie sind also gegen einen bloßen Besitzdiener nicht anstellbar.

Somit stehen wir im großen und ganzen wieder auf dem älteren römisch-rechtlichen Standpunkt vor Ulpian. Dort war eine rei vindicatio ursprünglich nur gegen einen für sich selbst Eigentum beanspruchenden Beklagten (contravindicatio), später auch gegen den juristischen Besitzer zulässig. Ulpian erweiterte die Passivlegitimation auf jeden, qui tenet et habet restituendi facultatem. Dieser Satz ging zu weit, und die Einführung der nominatio auctoris geschah gleichfalls ohne gesetzliche Verpflichtung zur Benennung. Der Eigentümer konnte hierbei immer noch durch einen

böswilligen Detentor, der sich unberechtigter Weise auf die Klage einließ, wider Wissen und Willen der Sache verlustig gehen und mußte zwecks Wiedergewinnung derselben die schwierigere Rolle des Klägers übernehmen. Diese Lücke in der Gesetzgebung auszufüllen, versuchte erst das preußische Recht durch Verpflichtung des Besitzvertreters zur Nomination, wagte aber noch nicht, prinzipiell von der römisch-gemeinrechtlichen Doktrin abzuweichen. Dies hat erst der Entwurf zweiter Lesung und mit ihm das Bürgerliche Gesetzbuch unter gleichzeitiger an das Allgemeine Landrecht sich anschließenden erneuten Fixierung des Detentionsbegriffes in eingeschränkterer Form getan, wie es überhaupt die ganze Besitzlehre zu einer den modernen Verhältnissen völlig gerecht werdenden Gestaltung fortgebildet hat.

Lebenslauf.

Geboren am 10. Juli 1883 zu Alt-Jauernick, Kreis Schweidnitz, als Sohn des Gutsbesitzers August Ulbrich und seiner Ehefrau Karoline, geb. Metzger, katholischer Konfession, preußischer Staatsangehöriger, erhielt ich meine Gymnasialausbildung auf dem katholischen Gymnasium zu Gr.-Glogau. Ostern 1904 erhielt ich das Zeugnis der Reife Hierauf studierte ich 6 Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu München und Breslau. Am 21. September 1907 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Hierauf war ich ein Jahr im gerichtlichen Vorbereitungsdienst an dem Kgl. Amtsgericht zu Striegau (9 Monate) und dem Kgl. Landgericht in Schweidnitz (3 Monate) tätig. Vom 1. Oktober 1908 bis zum 30. September 1909 genügte ich meiner Militärpflicht bei dem Grenadierregiment König Friedrich Wilhelm II (1. Schles.) No. 10 in Schweidnitz. Hierauf bin ich aus dem Justizdienst ausgeschieden und habe mich mit Privatstudien und Abfassung meiner Doktordissertation beschäftigt. Am 11. November 1910 bestand ich das mündliche Doktorexamen.

Ich beabsichtige in eine Bank einzutreten.